

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**MAURÍCIO ANTONIO TAMER**

**COMPLIANCE E DIREITO PENAL ECONÔMICO**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2021**

MAURÍCIO ANTONIO TAMER

COMPLIANCE E DIREITO PENAL ECONÔMICO

Tese apresentada à Banca da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Área de Concentração: Direito Político e Econômico. Linha de Pesquisa: Poder Econômico e seus Limites Jurídicos), sob a orientação do Professor Doutor Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho.

Aprovada em 16 de abril de 2021

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Doutor Marco Aurelio Pinto Florêncio Filho  
Universidade Presbiteriana Mackenzie/UPM

---

Prof. Doutor Fábio Ramazzini Bechara  
Universidade Presbiteriana Mackenzie/UPM

---

Prof. Doutor Giovani Agostini Saavedra  
Universidade Presbiteriana Mackenzie/UPM

---

Prof. Doutor Rodrigo José Fuziger  
Universidade de São Paulo/USP

---

Prof. Doutor João Paulo Martinelli  
Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/IBMEC

## Folha de Identificação da Agência de Financiamento

**Autor:** Maurício Antonio Tamer

**Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico**

**Título do Trabalho:** Compliance e Direito Penal Econômico

O presente trabalho foi realizado com o apoio de <sup>1</sup>:

- CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
- CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
- FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
- Instituto Presbiteriano Mackenzie/Isenção integral de Mensalidades e Taxas
- MACKPESQUISA - Fundo Mackenzie de Pesquisa
- Empresa/Indústria:
- Outro:

<sup>1</sup> **Observação:** caso tenha usufruído mais de um apoio ou benefício, selecione-os.

Tamer, Maurício Antonio.

**Compliance e Direito Penal Econômico** / Maurício Antonio  
Tamer. – São Paulo.-2021.  
228 f.

Tese de Doutorado – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São  
Paulo, 2021.

Orientador: Prof. Doutor Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho

Bibliografia

1. Compliance. 2. Direito Penal Econômico. 3. Teoria jurídica de  
Direito Penal Econômico.

Aos meus pais, Marileide Solange Zuquieri Tamer e Wilson Tamer, exemplos.  
À Nathalia Correa Leiser, inspiração,  
e a todos que, assim como eles,  
trazem apoio, compreensão, incentivo e paz incondicionais.

## **AGRADECIMENTOS**

É preciso agradecer, inicialmente, àqueles que mais sofreram com as renúncias necessárias para o desenvolvimento dessa pesquisa e contribuem, todos os dias, com a existência de um ecossistema imprescindível de segurança e afeto. Minha família.

Com pleonasmo ao dito acima, também é preciso agradecer àqueles que, nem sempre reiteradamente cientes da importância que têm, passam a tranquilidade própria de mares calmos sempre vindouros em tempos de revolta. Obrigado Mariana Cecere, Bruno Higa, Fabrício Stuart e Guilherme Moysés. Irmãos que a vida me proporcionou.

É fundamental agradecer também ao meu orientador e amigo Prof. Doutor Marco Florêncio Filho que plantou as sementes das ideias do presente trabalho e prestou todos os apoios e incentivos acadêmicos, científicos e emocionais. Honra e dignifica, como raros, o papel de professor.

São ainda importantes os agradecimentos aos Profs. Drs. Fábio Bechara e Rodrigo Fuziger cujas considerações também foram imprescindíveis para o direcionamento científico da pesquisa.

Por fim, também agradeço aos meus sócios e irmãos Rennan Thamay e Vanderlei Garcia Junior pelo apoio e por serem exemplos de dedicação profissional e à pesquisa.

*Es ist nicht bequem,  
Gefühle wissenschaftlich zu bearbeiten*

(Não é fácil lidar cientificamente com os sentimentos)

*Sigmund Freud, 1929*

## **RESUMO**

A presente tese trata da relação do compliance e do direito penal econômico, especialmente com base em perspectivas extraídas de uma teoria jurídica de direito penal econômico autônoma e propõe responder às seguintes perguntas. Existe relação entre o compliance e o Direito Penal Econômico? Existindo essa relação, como ela se manifestaria? A Teoria Jurídica de Direito Penal Geral, por assim dizer, seria suficiente para confortar dogmaticamente os fenômenos econômicos – inclusive o compliance – ou se faria necessária uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma? Em sendo justificada uma nova teoria autônoma, como essa autonomia se manifestaria? Existindo relação com o compliance, essa relação também ajudaria a justificar, confirmar, explicar e operacionalizar a teoria autônoma de certa forma? Traz inicialmente as noções introdutórias sobre o compliance, com a exposição de um possível conceito e a proposta da derivação da ideia a partir da relação história entre o Estado e a Economia. Ainda no primeiro capítulo, analisa os dois principais textos normativos que regulam e consolidam o fenômeno no País, a Lei nº 12.846/2013 e o Decreto Regulamentador nº 8.420/2015, bem como as noções gerais da manifestação do fenômeno nos demais países do MERCOSUL. No capítulo 2, a tese trata dos principais fundamentos do compliance (autorregulação regulada, governança corporativa, responsabilidade social e ética empresarial) e os elementos necessários para o desenvolvimento de um programa de compliance real e efetivo. A partir do capítulo 3, propõe o reconhecimento de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma, decorrente da manifestação histórica do fenômeno da criminalidade econômica, com a identificação do respectivo bem jurídico tutelado. Estuda que essa autonomia teórica se dá por elementos dogmáticos que, na criminalidade econômica, assumem certo perfil diferenciado ou são utilizados com mais frequência. Para isso, de forma não exaustiva e com exemplos pautados no próprio compliance, são estudados os fenômenos do uso das leis penais em branco, da utilização dos crimes de perigo, da responsabilidade penal da pessoa jurídica e da responsabilidade penal por omissão imprópria. No final, a partir do estudo, a tese propõe a existência de uma relação íntima e de mútua influência entre o compliance e o Direito Penal Econômico. Uma relação histórica, contextual, jurídica e de operacionalização entre os fenômenos, conforme sintetizado em suas conclusões.

Palavras-chaves: 1. Compliance. 2. Direito Penal Econômico. 3. Teoria jurídica de Direito Penal Econômico.

## **ABSTRACT**

The present thesis approaches the connection between compliance and economic criminal law, particularly based on perspectives drawn from an Economic Criminal Law Juridical Theory that is autonomous and proposes to answer the following questions. Is there a relationship between compliance and Economic Criminal Law? If that relationship exists, how would it manifest itself? Would the Legal Theory of General Criminal Law, so to speak, be sufficient to dogmatically comfort the economic phenomena - including compliance - or would an autonomous Legal Theory of Economic Criminal Law be necessary? If a new autonomous theory is justified, how would this autonomy manifest itself? If a relationship exists with compliance, would this relationship also help to justify, confirm, explain, and operationalize the autonomous theory in a certain manner? Initially, it studies the introductory notions of compliance, presenting a possible definition for it and suggesting its origin from the historical relation between State and the Economy. The first chapter also analyses the two main normative texts that regulate and establish the phenomenon in the Country, the Brazilian Federal Law nº 12,846 of 2013 and its Regulatory Decree nº 8,420 of 2015, as well as general notions of its manifestation in the other countries of MERCOSUR. By the second chapter, the thesis approaches the subject of compliance fundamental basis (such as regulated self-regulation, corporate governance, social responsibility and business ethics) and the necessary elements for the development of a real and effective compliance program. From the third chapter onwards, it proposes the recognition of an Economic Criminal Law Juridical Theory that is autonomous, resulting from the historical manifestation of the phenomenon of economic criminality, with the identification of the respective protected legal interest. It studies that the theoretical autonomy presents itself due to dogmatic elements, which, in economic criminality, assume a certain distinguished profile or are used more frequently. For this end, through non-exhaustive means and examples based on compliance itself, it studies the phenomena of blank penal law, the use of crimes of peril, the criminal liability of legal entities and the criminal liability for improper omission. At the end, considering the studied, the thesis proposes the existence of a close relation and of mutual influence between compliance and Economic Criminal Law. A historical, contextual, legal and operational relation between the phenomena, as summarized in its conclusions.

Keywords: 1. Compliance. 2. Economic Criminal Law. 3. Economic Criminal Law Juridical Theory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O COMPLIANCE.....</b>	<b>16</b>
1.1 Considerações iniciais .....	16
1.2 Compliance: conceito polissêmico e uma visão do seu surgimento pautada na relação histórica entre o Estado e a economia .....	16
1.3 A Lei nº 12.846 de 2013 e o Decreto Regulamentador nº 8.420 de 2015.....	43
1.4 O fenômeno do compliance nos países do MERCOSUL .....	51
<b>2 FUNDAMENTOS DO COMPLIANCE .....</b>	<b>55</b>
2.1 Autorregulação regulada .....	56
2.2 Governança corporativa .....	65
2.3 Responsabilidade social .....	81
2.4 Ética empresarial .....	85
2.5 Sistemas de Gestão de Compliance: compliance formal versus compliance real....	86
2.6 Resultados parciais .....	104
<b>3 UMA TEORIA JURÍDICA DE DIREITO PENAL ECONÔMICO AUTÔNOMA E SEU PERFIL.....</b>	<b>110</b>
3.1 Nota introdutória .....	110
3.2 Uma teoria a ser construída a partir da lógica orbital de seus elementos: a definição histórica e conceitual do direito penal econômico e a identificação do bem jurídico tutelado.....	112
3.3 A técnica legislativa diferenciada .....	126
3.3.1 A utilização das leis penais em branco: um desafio diante do princípio da legalidade e um problema à ideia de presunção absoluta do conhecimento da lei penal.....	126
3.3.2 A antecipação da tutela penal com a utilização dos crimes de perigo ....	149
<b>4 OS DOIS PRINCIPAIS PONTOS DE MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E QUE REVELAM O COMPLIANCE COMO EXEMPLO DE OPERACIONALIZAÇÃO .....</b>	<b>157</b>
4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	157

4.2 A importância do estudo da responsabilidade penal por omissão imprópria: a experiência do compliance officer .....	181
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>206</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>209</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve início a partir de alguns incômodos racionais que surgiram da percepção sobre dois fenômenos que coexistem na contemporaneidade: o compliance e a criminalidade econômica.

Diante disso, surgiram alguns problemas científicos que justificaram o desenvolvimento dessa pesquisa e que puderam ser condensados em algumas perguntas. A primeira: existe relação entre o compliance e o Direito Penal Econômico? A segunda: existindo essa relação, como ela se manifestaria? A terceira: a Teoria Jurídica de Direito Penal Geral, por assim dizer, seria suficiente para confortar dogmaticamente os fenômenos econômicos – inclusive o compliance – ou se faria necessária uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma em relação ao Direito Penal Geral? A quarta: em sendo justificada uma nova teoria autônoma, como essa autonomia se manifestaria? Por fim, a quinta: existindo relação com o compliance, essa relação também ajudaria a justificar, confirmar, explicar e operacionalizar a teoria autônoma de certa forma?

Esses problemas pareceram se justificar sobre três percepções.

A primeira percepção está relacionada ao compliance. Sua importância no cenário atual parecia revelar a manifestação de um fenômeno muito mais complexo do que a ideia de estrito cumprimento do dever legal e as ideias derivadas de interpretações decorrentes de simples terminologias em língua inglesa. Restava ter certeza se essa percepção se confirmaria e entender como tal complexidade se apresentaria.

A segunda está relacionada à criminalidade econômica. Antes do início do desenvolvimento da pesquisa, os incômodos racionais decorriam muito de um aparente desajuste ou desencaixe de temas jurídico-dogmáticos do Direito Penal em relação ao fenômeno. A se confirmar esse desajuste, significaria entender que uma Teoria Jurídica de Direito Penal não estaria suficientemente apta para, a partir dos seus elementos dogmáticos apenas, confortar juridicamente os novos fenômenos. Restava entender se esse desajuste se confirmaria e, em caso positivo, como seria possível saná-lo.

A terceira, por sua vez, partia da sensação de que, como dito, ambos os fenômenos coexistem na contemporaneidade. Restava, então, compreender se isso era uma mera

coincidência ou se de fato os dois fenômenos possuíam relações entre si e quais seriam os perfis dessas relações. Seria um a causa e o outro a consequência? Um explicaria o outro? Ambos apenas teriam as mesmas bases sociais e históricas? Ou, ainda, estar-se-ia diante de uma relação de maior complexidade, em que todas as perguntas anteriores se aplicariam?

Dito isso, parece não ser possível ignorar que falar em teoria jurídica e compliance pode parecer desajustado, o que poderia gerar um pequeno desconforto inicial na pesquisa, seja por essa compreensão, seja por questionamentos relacionados a uma possível ausência de unicidade na metodologia científica.

Enquanto qualquer teoria tem por escopo a abstração cognitiva do objeto de conhecimento para sua melhor compreensão e a replicação das ideias apreendidas, o compliance está mais atrelado a procedimentos de ordem prática a fim de assegurar a conformidade da atividade desenvolvida com o Direito, qualquer que seja ela. Nessa perspectiva, outras perguntas surgem logo de plano: como compatibilizar o estudo do tema de uma teoria jurídica com o estudo de algo de viés notadamente prático? Com algo que se traduz muitas vezes em boas práticas, tendo essas a vocação de traduzir diariamente a tarefa de conformidade?

A solução para essas perguntas parece estar na compreensão e no estudo de como uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico pode contribuir com a análise do compliance e vice-versa.

Mais precisamente, a resposta parece estar no cenário jurídico e prático que tal teoria traz consigo e nos elementos ou exemplos de sua operacionalização, sendo muitos deles, em razão da relação entre os temas, encontrados no próprio compliance. Isso parece não só expor a necessidade de trabalhar os temas de forma conjunta, como, repisa-se, parece dar respaldo aos conceitos que serão colocados.

Aparentemente e o desenvolvimento da pesquisa buscará ratificar essa impressão de que não há como pensar no compliance, nas práticas a ele relacionadas e nas preocupações que lhe são inerentes sem ter em mente uma teoria jurídica autônoma de Direito Penal Econômico, pois é sobre ela que repousaria – ou ao menos deveria repousar – a compreensão das práticas criminais na atual formatação social do exercício da atividade econômica. Propõe aqui uma proposta científica e de abordagem de unicidade teórico-prática que parece ser necessária. E assim o é porque o estudo dos exemplos ou da operabilidade da teoria parecem

ser grandes pontos de manifestação conjunta de ambos os fenômenos, da qual as respostas poderão ser extraídas.

Aliás, adicionalmente, por vezes identifica-se na bibliografia penal e de compliance própria a aparente presunção de que determinadas condutas e comportamentos são categorizados como de Direito Penal Econômico, partindo-se diretamente ao estudo dos crimes em espécie que estariam inseridos nesse contexto. Ou seja, o estudo de crimes cuja tipificação se dá a partir de posturas atinentes ao exercício da atividade econômica.

Porém, na maioria das vezes, não se trabalha propriamente quais as premissas teóricas e dogmáticas desse raciocínio ou categorização. Ou por vezes, também, estudam-se apenas alguns temas, como, por exemplo, o estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A falta desse estudo teórico, não só parece prejudicar o entendimento de ambos os temas, como pode resultar em uma persecução penal marcada por uma casuística perigosa, pautando-se inclusive a fundamentação das decisões não na dogmática<sup>1</sup>, nem mesmo a mínima sequer, mas em ponderações de ordem puramente valorativa, política criminal<sup>2</sup> e até

<sup>1</sup> E pensar na dogmática penal é fundamental a partir de suas funções precípuas: “A dogmática penal é a arquitetura jurídica que permite ao Estado efetivar seu direito de punir e embasar a produção legislativa criadora de tipos penais. Com base nela é que se efetivará o estudo das funções atribuídas aos delitos tipo, percorrendo-se, para tanto, todos os mais importantes matizes teóricos afetos a tal estudo.” (GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. In PRADO, Luis Regis. DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 488).

<sup>2</sup> Concorda-se, nesse ponto e por exemplo, com as ponderações feitas por Alamiro Velludo Salvador Netto sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR de relatoria da Min. Rosa Weber cuja questão de fundo está na responsabilização penal da pessoa jurídica: “O fator mais marcante da decisão, contudo, diz respeito à carência de argumentos dogmáticos no âmbito do desenvolvimento doutrinário da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em outras palavras, o debate acerca dos contornos e consequências da adoção de modelos de heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade sequer aparece. A Ministra Relatadora parte simplesmente da premissa de necessidade de proteção ambiental à luz do art. 225, §3º, da Constituição Federal e, exatamente nesse sentido, a dupla imputação constituiria um óbice de efetividade que precisa ser, em suma, removido. Nas suas próprias palavras, o condicionamento da empresa à identificação e imputação também da pessoa física, ‘restringe sobremaneira a eficácia’ do dispositivo constitucional, ‘contrariando a intenção expressa do constituinte originário, não apenas a de ampliar as sanções penais, mas sim de evitar a impunidade (...) além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental’. Um pouco mais adiante, alega-se que esse entendimento acerca da dupla imputação, o qual estaria assentado nas bases teóricas da dogmática tradicional do Direito Penal, ‘acaba por afetar o disposto’ na norma constitucional, estabelecendo condicionante ‘da responsabilização da pessoa jurídica nela não contida sequer de forma implícita’. Na realidade, e conforme já dito, a noção de dupla imputação não deriva propriamente das ‘bases teóricas da dogmática tradicional’, mas sim da denominada primeira geração dos modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica sediados no campo da heterorresponsabilidade. O problema da decisão brasileira reside na utilização de argumentos político-criminais para superar, quase como um passe de mágica, um entrave de natureza dogmática. Evidente que a Constituição Federal valoriza o meio ambiente, prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica e não exige a dupla imputação. Isso, contudo, não pode servir, por si só, para abstrair uma consequência dogmática insita ao modelo nacional, o qual atribui por ricochete à pessoa jurídica a responsabilidade da pessoa física. Repetindo uma vez mais, nos padrões vicariais não há, em regra, como atribuir responsabilidade jurídica ao ente sem antes encontrar-la na pessoa física. Daí, portanto, a dupla imputação aparece como um custo ou ônus da escolha do modelo.”

meramente opinativa. Em Direito, se trata de avaliar o que é válido e inválido. São nas zonas mais cinzentas de discussão entre validade ou invalidade que a pesquisa científica parece encontrar solo mais fértil.

Para tentar compreender todos esses pontos e dentro dessa abordagem metodológica, a pesquisa se dedica em quatro capítulos. A ideia é que cada capítulo e cada um dos seus respectivos itens tenha consistência própria, servindo para a compreensão de todos os temas, mas que ao mesmo tempo sirva à pesquisa científica como um todo.

No primeiro, a ideia é estudar os conceitos e definições principais sobre o compliance e seus principais fundamentos.

A proposta é mapear ao máximo o tema, entendendo-o enquanto unidade racional para que, com isso, possa ser ou não identificada sua relação com a criminalidade econômica e com a necessidade ou não de uma teoria jurídica autônoma aplicável a essa última. Nisso e sem ignorar a lógica polissêmica da ideia, se buscará o entendimento de um conceito para o compliance que seja o mais ajustado às suas complexidades e que tente identificar seu perfil histórico, contextual e jurídico de manifestação enquanto fenômeno.

Segundo a pesquisa, será proposto o mapeamento do tema no Brasil, com o estudo da Lei nº 12.846 de 2013 e o do Decreto Regulamentador nº 8.420 de 2015 que traduzem a transferência da tarefa de conformidade no País e exemplificam, de forma destacada, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por ato lesivo à Administração Pública brasileira ou estrangeira. Ainda, considerando que o tema envolve elementos de direcionamento econômico e a própria intervenção jurídica nessa seara, serão estudados os principais diplomas jurídicos dos demais países do MERCOSUL, no caso Argentina, Uruguai e Paraguai.

No segundo capítulo e sem ignorar que a ideia de compliance é um tema em constante evolução tentar-se-á avançar ao máximo na compreensão de como essa transferência de tarefa de conformidade se traduz em termos práticos, a partir das principais ideias que hoje dão fundamento ao compliance: (i) autorregulação regulada; (ii) governança corporativa (e nela accountability; transparência; e enforcement); (iii) responsabilidade social e (iv) ética empresarial. Por fim, também na tentativa de demonstrar o compliance na prática e

---

(SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 305).

com lupa de maior detalhe, e também para auxiliar nos estudos de operacionalização dos fenômenos pesquisados será estudada a ideia de um sistema de gestão de compliance com todos seus principais elementos.

Feitos esses mapeamentos e estudos, chegar-se-á ao terceiro capítulo e passará a propor a discussão se a teoria jurídica de Direito Penal basta por si, com os elementos dogmáticos da forma como são tradicionalmente conhecidos, ou se as complexidades próprias da criminalidade econômica e do compliance impõem a necessidade de desenvolvimento de uma Teoria Jurídica própria de Direito Penal Econômico, inclusive buscando no compliance exemplos que ajudem a compreender melhor uma possível resposta. Em sendo necessária tal teoria jurídica, a pesquisa proporá ainda o entendimento de qual sua formatação, se essas mesmas complexidades influenciam seu conteúdo e como isso ocorreria. Há muito, inclusive, Enrique Aftalión e Manoel Pimentel identificaram a importância de se dedicar ao estudo científico do Direito Penal Econômico<sup>3</sup>.

Para essa compreensão e na busca de respostas mais seguras para tais problemas, serão estudados temas que possam exemplificar ou operacionalizar uma possível autonomia na tentativa de confirmá-la ou afastá-la. Serão analisados alguns temas ou elementos em que a autonomia do Direito Penal Econômico poderia se manifestar ou, em outras palavras, elementos em que a insuficiência da dogmática tradicional do Direito Penal poderia ficar demonstrada.

---

<sup>3</sup> “Durante mucho tiempo, el Derecho penal económico ha sido tenido por numerosos juristas como una suerte de suburbio impresentable del Derecho penal, imprecisamente ubicado en las fronteras de éste con el Derecho administrativo. De tal modo este sector del ordenamiento jurídico, hijo de las urgencias del intervencionismo económico de los gobiernos, se mantuvo un poco huérfano del auspicio académico. No es de extrañar, pues, que naciera con taras sensibles, fruto de su espúreos orígenes y que en muchos tratados de Derecho penal apenas sea posible encontrar referencias incidentales a sus cuestiones, deslizadas como de rondón. Actualmente, ya no es posible cerrar los ojos ante los problema teóricos y prácticos que plantea el Derecho penal económico, ni subestimar la importancia de los mismos. Al menos entre nosotros, es indudable que el mapa criminológico se integra en no pequeña medida por la delincuencia económica, aunque frecuentemente sepa eludir los reticulados estadísticos. Por otra parte, este sector de la juridicidad no podía permanecer indefinidamente inmune a la tendencia propia de toda ciencia a racionalizar su objeto, por irracional que parezca. También la teratología es ciencia. Incluso es de notar que el Derecho penal económico ofrece al científico, muy a menudo, el atractivo de lo inédito. Mientras los delitos de lesiones, homicidio o robo no pueden brindar al estudioso sino cuestiones transitadas desde hace siglos, las infracciones económicas suscitan a cada instante inesperadas encrucijadas a la teoría.” (AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*, Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1959, p. 15) e “Os danos causados por esses delitos transcendem dos prejuízos impostos às vítimas dos casos concretos, pois denunciam a presença de um perigo social e moral capaz de atingir a todos, quer na economia particular, quer na economia pública, trazendo o descrédito e a desconfiança às instituições financeiras, às organizações que lidam o crédito e com a poupança, sejam elas particulares ou oficiais. Impõe-se portanto um estudo mais aprofundado do problema para que a sociedade possa armar-se melhor da defesa contra essa insidiosa forma de delinquência, que se apresenta vestida com disfarces e tramas capazes de enganar até os mais avisados.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal económico*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973, p. 5).

Inclusive, considerando os problemas de pesquisa propostos, também serão buscados exemplos na própria realidade do compliance, pois acredita-se que assim a relação entre os temas pode se revelar. Inclusive, abre-se um quarto capítulo com o que parecem ser os dois principais exemplos de preocupações de conformidade das organizações em relação ao Direito Penal Econômico no atual cenário, em uma lógica preventiva do compliance em relação à criminalidade econômica.

Essas explicações nesse momento podem parecer abstratas, mas se espera que, no desenvolver do todo trabalho, as justificativas aqui postas ganhem maior concretude e ratifiquem a importância da pesquisa e das propostas de respostas científicas identificadas no seu curso e também reunidas nas conclusões.

Sem qualquer pretensão de esgotar quaisquer dos temas, é o estudo que se propõe.

## 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O COMPLIANCE

### 1.1 Considerações iniciais

Inaugurando o desenvolvimento do trabalho, busca-se, nos dois primeiros capítulos, estabelecer as bases mais importantes para o raciocínio proposto. A proposta é apresentar conceitos e definições fundamentais sobre o compliance, seus principais fundamentos e alguns dos problemas postos. Com isso, ciente de que é uma ideia polissêmica e em constante evolução espera-se mapear e estudar o tema do compliance, obviamente sem qualquer pretensão de esgotá-lo. Sem prejuízo e embora o primeiro capítulo sirva de respaldo lógico, a ideia é que esse capítulo e o próximo tenham, cada um, uma espécie de autonomia científica independente.

Em outras palavras, sem afastar a percepção de que seu texto dialoga com o trabalho como um todo, a proposta é que o tema do compliance fique, dentro do possível, claro e debatido. Parece que só um capítulo que se apresente completo dentro do que se propõe pode interagir com os demais elementos do texto. É sua completude em si que gera sua contribuição científica em potencial. O diálogo entre os temas só parece potencialmente frutífero do ponto de vista metodológico e científico se o estudo de cada um deles tiver a proposta de bastar por si só. Inclusive, como se verá, o compliance e o direito penal econômico parecem estar intrinsecamente relacionados. Não só em conteúdo e na perspectiva histórica de formação de ambos, mas parece o compliance ocupar também o papel de fundamento racional para a necessidade de desenvolvimento de uma teoria jurídica de direito penal econômico.

### 1.2 Compliance: conceito polissêmico e uma visão do seu surgimento pautada na relação histórica entre o Estado e a economia

Para entender as raízes históricas e jurídicas do cenário em que o compliance e suas principais questões estão situadas, e por certo aquelas atinentes ao compliance, vale dizer que a economia ou as práticas de circulação de bens ou mercadorias são, há muito, objeto de

atenção do Estado ou daquele grupo que, em certo momento histórico concentrava suas principais funções obviamente com medidas, formatações e focos distintos ajustados às necessidades de cada grupo primitivo ou sociedade historicamente identificada.

Aliás, considerando que a economia se apresenta, de forma bem genérica, como o estudo de como as sociedades lidam com os bens que lhe são escassos, é plenamente natural que sempre tenha sido dessa forma, sobretudo tendo em vista que o lidar com a escassez de bens é um dos principais fatores da sobrevivência humana e do desenvolvimento social, e, portanto, alvo de poder e controle. A segurança social e, em decorrência, a manutenção das divisões grupais de poder, parecem depender diretamente da boa administração dos bens escassos e da circulação desses. Não por outra razão, inclusive, se identifica na evolução histórica que o próprio surgimento da economia de mercado não é algo natural, mas algo fomentado pelas formações estatais e respectivas instituições jurídicas<sup>4</sup>.

A esse respeito, é recomendável a leitura da obra “A grande transformação: as origens da nossa época.” de Karl Polanyi, especialmente os seguintes trechos:

A ideia de um mercado autorregulável implicava uma rematada utopia. Uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a

---

<sup>4</sup> Com precisão, Alysson Mascaro identifica esse fenômeno: “Ao contrário da vontade direta dos senhores no escravagismo e no feudalismo, no capitalismo as interações sociais são intermediadas por formas jurídicas, que são correlatas da forma mercadaria, inúmeras conformações sociais se estabelecem nesse circuito de relações: os indivíduos passam a portar direitos subjetivos, vinculam-se a partir de uma declaração de vontade que se identifica como autônoma, estabelecem uma troca universal de equivalentes. É nesse quadro geral da forma jurídica que se levanta a técnica jurídica moderna. O direito nas sociedades capitalistas tem o papel de estruturar, a partir de um núcleo específico, inúmeras relações sociais. Sem o direito, não seriam possíveis os contratos, nem os lucros advindos da circulação mercantil nem as garantias da propriedade do capital. Com o direito, torna-se possível concretizar qualquer contrato previsto juridicamente, porque o eventual inadimplemento desse contrato será executado não pela parte lesada, mas pelo Estado. Assim, qualquer capitalista poderá vender, emprestar dinheiro a juro ou contratar funcionários em qualquer local dentro de um país, porque, caso esses contratos sejam descumpridos, o Estado os executará mediante uma ação judicial proposta pelos seus advogados. [...] O direito garante a propriedade, a circulação mercantil e a exploração produtiva cada vez maiores e mais vultosas, possibilitando assim um acúmulo sempre crescente de capitais. A técnica jurídica torna-se responsável por estruturar a atividade capitalista por muitos modos. Por meio de suas instituições, constitui o Estado, qualifica seus agentes, suas possibilidades e seus modos de ação, e acima de tudo, ao fazer de todas as pessoas sujeitos de direito, e ao tratar a todos indistintamente como iguais perante a lei, o direito constitui a chancela a livre atividade capitalista, que explora o trabalhador com um átomo. Por meio dos seus procedimentos, o direito garante o capital tanto por meio da execução dos contratos quanto retirando dos indivíduos a possibilidade do uso da violência. Chamando a si a força física e monopolizando-a, o direito assegura um determinado tipo de ordem e respalda a propriedade privada, o que possibilitará o burguês entesourar o capital. A evolução histórica do capitalismo revela que o papel do direito se dá em todas suas modalidades e possíveis relações. As atividades mercantis já demandam instituições jurídicas que garantam tanto o capital quanto a execução do contrato. A exploração da produção também passa pelo direito, respaldando desde a propriedade dos meios de produção até o vínculo do trabalho assalariado. O capitalismo financeiro comporta-se sob o resguardo das garantias do Estado. O direito identifica-se como o capitalismo desde o núcleo basilar deste, a circulação mercantil. Os institutos jurídicos estatais garantem os contratos, a salvaguarda da propriedade privada e a exploração do trabalho pelo capital. O Estado, agindo de acordo com as leis, dá estabilidade e previsibilidade à reprodução capitalista.” (*Introdução ao Estudo do Direito*, 5. ed., São Paulo : Atlas, 2015, p. 27-28)

substância humana e natural da sociedade; ela teria destruído fisicamente o homem e transformado seu ambiente num deserto. Inevitavelmente, a sociedade teria de tomar medidas para se proteger, mas, quaisquer que tenham sido essas medidas, elas prejudicariam a autorregulação do mercado, desorganizariam a vida industrial e, assim, ameaçariam a sociedade em mais de uma maneira. Foi esse dilema que forçou o desenvolvimento do sistema de mercado numa trilha definida e, finalmente, rompeu a organização social que nela se baseava.”. (*Ibidem*, p. 19). Ou, então: “Não havia nada de natural em relação ao laissez-faire; os mercados livres jamais poderiam funcionar deixando apenas que as coisas seguissem o seu curso. Assim como as manufaturas de algodão – a indústria mais importante do livre-comércio – foram criadas com a ação de tarifas protetoras, de exportações subvencionadas e de subsídios indiretos dos salários, o próprio laissez-faire foi imposto pelo estado. As décadas de 1930 e 1940 presenciaram não só a explosão legislativa que repelia regulamentações restritivas, mas também um aumento enorme das funções administrativas do estado, dotado agora de uma burocracia central capaz de executar as tarefas estabelecidas pelos adeptos do liberalismo.”. (*Ibidem*, p. 155-156).<sup>5</sup>

Aliás, exemplificativamente do ponto de vista histórico, lembra da fundamentalidade do próprio Código Civil Francês de 1804 ou *Código de Napoleão*. Suas normas tiveram papel importantíssimo do ponto de vista estrutural e de viabilização do sistema de mercado, na medida em que possibilitaram a circulação da propriedade sobre a terra – antes vinculada a questões meramente hereditárias. Tem-se, aí, um bom exemplo da participação do Estado – por seu viés normativo – na criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento do sistema de mercado. Atuou sobre um dos três elementos da produção que sustentam o sistema de mercado – terra, trabalho e dinheiro - no caso, a terra.

De fato, sempre se observou historicamente uma relação de convivência entre o Estado e o capital, especialmente em movimento pendular entre a menor e a maior intervenção estatal, ou seja, o quanto o Estado buscou controlar o capital e direcioná-lo ou não. O compliance, o Direito Penal Econômico e o próprio Direito Econômico surgem nesse movimento pendular iniciado no fim do século XIX e início do século XX.

Se antes, no século XIX, a relação Estado e economia era marcada pelos traços quase inabaláveis de liberdade, descentralização e autonomia, com o Estado e o Direito, por óbvio, vocacionados a assegurar a existência dos mercados de trocas de bens de forma livre, na ideia de laissez-faire, laissez-passar, com a separação radical entre as decisões político-jurídicas e as econômicas, a passagem do século XIX para o século XX fomenta alterações profundas

---

<sup>5</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. de Fanny Wrobel; Revisão Técnica de Ricardo Benzaquen de Araújo 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 19, 155-156.

nessa ordem. Começa a se perceber um capitalismo liberal em crise que não se mostra mais capaz de se autorregular e de gerenciar ou sanar suas próprias contradições, crise essa que é marcada por ao menos três momentos históricos sensivelmente simbólicos: (i) a Primeira Grande Guerra (1914-1918); (ii) a Crise da Bolsa de Nova York de 1929; e a (iii) a Segunda Grande Guerra (1939-1945)<sup>6</sup>.

Esse é o período que pode ser entendido como fase histórica de origem do estudo sistemático do Direito Econômico, e depois do Direito Penal Econômico – a ser visto mais detidamente no capítulo seguinte – e mais adiante do próprio compliance. É nesse período histórico que o Estado, antes liberal, passa a assumir uma função mais protagonista na economia do ponto de vista jurídico, adotando políticas econômicas de direcionamento<sup>7-8</sup>. Passam a surgir vários modelos de intervenção do Estado na economia e o estudo preciso de cada um deles, por certo, extrapolaria em muito o objeto desse trabalho, mas fato é que o Estado passa a estar mais presente na economia planejando e organizando a ordem capitalista. Com maior ou menor grau de participação, o objetivo era evitar que as graves consequências políticas e socioeconômicas das falhas do mercado livre fossem de novo experimentadas. É o Estado ajustando o uso do capital ou pretendendo dar-lhe uma acomodação ou direcionamento seguros.

E essa participação do Estado na economia dependeu e depende diretamente de uma técnica especializada, no caso, o próprio Direito e sua estruturação. Assim, é no século XX

<sup>6</sup> “Ao examinarmos a origem do Direito Económico assinalamos que este novo ramo da ciência jurídica está intimamente relacionado com a crescente intervenção do Estado no domínio económico, resultado de inúmeras e profundas transformações experimentadas pela sociedade humana a partir da primeira guerra mundial. Com efeito, diversos acontecimentos históricos deste século (I Guerra Mundial – 1914-1918, crise económica de 1929, II Guerra Mundial – 1939-1945) levaram as estruturas político-sociais ao dirigismo económico, decorrência da inoperância e da falácia do sistema económico liberal. [...] O planejamento de setores fundamentais da economia levou o Estado a exercer atividades nitidamente económicas e a estabelecer políticas destinadas a direcionar tais atividades, cuja regulamentação jurídica passou a constituir o arcabouço do Direito Económico. Não é difícil compreender-se que num determinado momento começasse a surgir normas penais destinadas à proteção desse intervencionismo e, em consequência, da atividade económica estatal. E não só, pois com a estruturação de grandes empresas, dotadas de influente poder económico, viu-se o Estado na contingência de criar mecanismo legal capaz de proteger o interesse constantemente ameaçado de grande massa de consumidores. A norma legal passava, assim, a proteger a economia nacional e a economia popular.” (MELO, Ari Kardec de. Direito penal económico: a origem do direito penal económico *In Revista Sequência*, Ano II, 1º Semestre de 1981, p. 29-30).

<sup>7</sup> “A compreensão de que a ordem econômica, uma vez erigida a programa constitucional, legitima o Estado a regular – ou a intervir em – espaços onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidez e a transparência do mercado, ou mesmo nos casos em que os fluxos econômicos devem orientar-se também a partir de uma programação social, coloca-nos diante do problema relacionado à possível missão que o direito penal pode assumir como instrumento auxiliar dessa tutela.” (SCHMIDT, Andrei Zenker. *Direito penal econômico: parte geral*, 2. ed., rev. e ampl., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018, p. 73).

<sup>8</sup> Como exemplo documental desse movimento, tem-se também, em 1932, a criação da política econômica de intervenção keynesiana do *new deal*, segundo a qual o Estado deveria atuar na correção dos desvios inerentes do modelo capitalista.

que surge a consciência de um Direito Econômico, ou seja, surge a percepção de uma manifestação do Estado – e, portanto, jurídica – no planejamento, organização e direcionamento da economia e do capital, bem como na atuação de correção de falhas dos mercados<sup>9-10</sup>. Nas palavras de Enrique Aftalión, o “Derecho aparece, ante todo, como el instrumento a que recurren los legisladores para concretar en los hechos la política de intervencionismos en lo económico-social. Es, en otros términos, *la expresión jurídica de esa política*”<sup>11</sup>.

E são nas Constituições marcantes do começo do século XX que essa técnica se apresenta de forma mais clara. Constituições que representam a grande virada da relação de um Estado liberal em relação à economia para um Estado que passa a se relacionar com o capital com maior intervenção direta, com as chamadas ordens constitucionais jurídico-econômicas. Nesse contexto, são fundamentais as Constituições de Weimar de 1919 e a Mexicana 1917, especialmente a primeira. Como bem assinala Vicente Bagnoli:

A Constituição de Weimar é aquela em que se observa pela primeira vez o Direito Econômico, ou seja, o Estado, em sua Lei maior, ditando as regras e princípios para que o fenômeno econômico no mercado encontrasse limites e garantias para atender a sociedade e assegurar a justiça social. O mercado continua sendo o local da produção, circulação e repartição das riquezas, mas suas falhas devem ser corrigidas e, por meio do seu funcionamento, os resultados demandados ela sociedade são alcançados a partir de objetivos e metas programáticas estabelecidos pela agenda nacional. Esse novo sistema inaugurado pela carta de Weimar denomina-se *constituições-programas* ou *socialdemocratas* que, em vez da igualdade formal ou jurídica dos

---

<sup>9</sup> “Así las cosas, se advirtió pronto que existía una manifiesta interdependencia entre los mercados económico, del trabajo y financiero, entre las fluctuaciones de los precios, los salarios y la renta. Por otra parte, también se hizo manifiesto que el bienestar de la comunidad estaba interesado en un armónico, normal y justiciero desenvolvimiento de estos mercados. Para poder satisfacer las justas exigencias que les fué imponiendo la legislación protectora de las condiciones del trabajo, los jefes de empresa requirieron que el Estado los ayudara a dominar el mercado económico, con medidas proteccionistas que los defendieran de la competencia, nacional e internacional, y constituyeran alicientes para los inversores. Así, poco a poco, se fué generalizando la tendencia por parte de los Estados a tratar de regular las fluctuaciones de los mercados, a planear el curso de la vida económica, a dirigirla, para decirlo con una sola palabra. Supone esta política, entre otras cosas, la clara conciencia de que los distintos procesos y fenómenos económicos no pueden ser subestimados, como si fueran operaciones aisladas; su recíproca interdependencia hace que deban ser considerados como operaciones funcionales con respecto a la economía nacional, considerada en su conjunto, lo que justificaría la intervención estatal.”. (AFTALIÓN, Enrique R. op. cit., p. 21).

<sup>10</sup> “O saber econômico não instrumentaliza o direito penal, mas sim ilumina o seu horizonte cognitivo a fim de que o poder punitivo tenha condições de criminalizar somente aquelas práticas que se considerem ofensivas a uma política econômica, na exata medida em que possam subverter o reconhecimento simbólico de valores consagrados como relevantes ao desenvolvimento humano.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. op. cit., p. 82-83).

<sup>11</sup> AFTALIÓN, Enrique. op. cit, p. 21.

indivíduos, privilegia a igualdade substantiva envolvendo o conteúdo econômico, além de reconhecer a condição dos desiguais.<sup>12</sup>

Na sucessão dos acontecimentos históricos, os documentos constitucionais do ocidente passaram, então, a tratar normativamente sobre a atividade econômica, estabelecendo princípios jurídicos que funcionam como verdadeiros nortes e normas fundantes da ordem econômica, indicando os estados ideais das coisas a serem buscados<sup>13</sup> e orientando a própria atuação do Estado (formas, porquês e limites) na intervenção da economia<sup>14-15</sup>. Como bem concatena Heloísa Estellita:

---

<sup>12</sup> BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*, 7. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

<sup>13</sup> “Com efeito, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (*state of affairs, Idealzustand*), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado das coisas. Estado das coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado das coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estados de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário. Enfim, os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado das coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deônico-teleológico: *deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *teleológico*, porque as obrigações, permissões e proibição decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Daí afirmar-se que os princípios são normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*).” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Malheiros Editores, 2014, p. 95-96).

<sup>14</sup> Na ordem econômica constitucional brasileira contemporânea, esse papel é exercido pelo art. 170 da Constituição Federal, que apresenta os princípios específicos que orientam a intervenção do Estado na economia, sem ignorar, obviamente outras normas fundamentais igualmente constitucionais, por certo: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

<sup>15</sup> “A diferença essencial, que surge a partir do ‘constitucionalismo social’ do século XX, e que vai marcar o debate sobre a constituição econômica, é o fato de que as constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas constituições é ‘programática’ nesse sentido. A constituição econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia pré-estabelecida do mercado. A constituição econômica quer uma nova ordem econômica, quer alterar a ordem econômica existente rejeitando o mito da autorregulação do mercado.” (BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível* In OLIVEIRA, Willian Terra de [org. et. al.] *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, São Paulo : LiberArs, 2013, p. 19).

O mundo ocidental partiu de uma organização econômica baseada nos sistemas liberais de mercados. Sistemas descentralizados ou autônomos, onde a separação entre os planos decisórios político e econômico deveria ser a mais radical possível. [...] as ideias que fundaram esta concepção do sistema econômico se refletiam, também, no Direito. Era tempo de máxima valorização da liberdade individual, garantida, principalmente, com a elaboração de constituições que elencavam os direitos individuais e impunham extensa lista de limites à intervenção estatal na esfera privada. Era tempo do privado, do Direito Civil. Porém, no decorrer do século XIX, o modelo descentralizado ou autônomo começou a demonstrar suas falhas: o mercado não é, por si só, um mecanismo em condições de resolver e equacionar todas as situações presentes em um sistema econômico. É neste momento que se observa que aquela cisão radical entre os centros decisórios político e econômico não é capaz de conduzir. [...] Com a promulgação da Constituição de Weimar (1919), difunde-se pelo ocidente a inclusão, nas respectivas constituições, de normas dedicadas à atividade econômica. Assim ocorreu na Itália (1948), na França (1947), na Espanha (1978), em Portugal (1976). No Brasil, a partir a Constituição de 1934, todas as que a sucederam trouxeram em seu bojo normas sobre a ‘ordem econômica e financeira’. [...] A partir deste momento, o Estado passa a fazer parte do processo decisório econômico provocando profundas e consideráveis modificações nos quadros liberais.<sup>16</sup>

Esse é o contexto de surgimento do Direito Econômico como um conjunto de normas sistematicamente organizadas, de índole programática, que perfaz a relação do Estado com a economia, isto é, a técnica altamente especializada por meio da qual o Estado preconiza suas políticas econômicas, essas como metas vocacionadas ou pensadas a manter a saúde do sistema capitalista, mediante a correção de suas falhas, o que, em última análise, permite a manutenção da segurança social e da própria ordem estatal como posta.

Com efeito, em paralelo ao próprio Direito Econômico, o Estado passa a lançar mão de normas de índole penal para também exercer essa função de corrigir as falhas da economia de mercado e controlar o capital. E nisso parece estar, por assim dizer, a origem histórica, jurídica e até filosófica do Direito Penal Econômico. Enquanto o Direito Econômico atua na estrutura normativa prévia da economia de mercado, com os princípios e regras fundamentais,

---

<sup>16</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. In PRADO, Luis Regis. DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal econômico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 2), p. 154-155. No Brasil: “O progresso vertiginoso que atingiu o mundo dos negócios, especialmente em razão das mudanças operadas neste século, fez com que desaparecesse virtualmente o Estado liberal. O intervencionismo estatal tornou-se imperiosa necessidade, a fim de regularizar as relações negociais, coibindo os abusos do poder econômico e a exploração dos fracos pelos fortes. Apesar de as Constituições brasileiras seguirem tradicionalmente ‘as diretrizes jurídicas e políticas do Estado individualista-liberal, na disciplina da ordem econômica’, é inegável que o intervencionismo estatal progrediu acentuadamente a partir da Constituição de 1934. Ora, essa intervenção e mediação não poderia ser feita ad libitum, carecendo de normas limitadoras de direitos e deveres. Assim aconteceu, surgindo as leis regulamentadoras da política econômica do Estado, em confronto com os interesses públicos e particulares equacionados.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. op. cit., p. 6-7).

bem como na correção posterior de falhas, redirecionando o capital para caminhos que a ordem constitucional vigente julga ser os melhores (v.g., pode ser citada a atuação fiscalizadora e repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), o Direito Penal Econômico é estabelecido – ou deveria ser – como *ultima ratio*<sup>17</sup> na tutela da atividade econômica de acordo com sua formatação constitucional<sup>18-19</sup>.

Quer dizer, o que não foi sanado previamente com as normas programáticas e repressivas de ordem administrativa ou civil pelo Direito Econômico, cumpriria ao Direito Penal Econômico sanar – o que, como se observa concretamente em relação a algumas condutas, aponta para questionamentos se o Direito Penal deveria mesmo ser envolvido, o que desemboca nas discussões sobre o bem jurídico tutelado pela norma penal e até que ponto esse goza de legitimidade constitucional a ponto de fragilizar, na prática concreta, outros direitos individuais constitucionalmente estabelecidos, em fundamental, a liberdade<sup>20</sup>.

Não por outra razão, embora se reconheça há muito a tutela penal da atividade econômica, como visto, inclusive com o desenvolvimento de novas perspectivas criminológicas a partir da obra de Sutherland<sup>21</sup>, muitos autores identificam na Primeira

<sup>17</sup> “Daí a assertiva que a ordem econômica abre suas portas para o ingresso do direito penal de direção, o qual não deve estiolar o princípio da intervenção mínima, reservadas para os demais ramos do direito as ilicitudes de menor expressão lesiva, resguardando-se dos inconvenientes da inflação legislativa. Dito de forma mais abrangente, o Direito Penal Econômico, definido segundo o bem jurídico que visa a proteger, somente deve ser reservado para as situações de *ultima ratio*, não se negando a legitimidade da intervenção punitiva estatal quando o ataque à ordem econômica seja de tal monta que justifique a necessidade da pena, sendo de rigor a observância, na determinação do conteúdo material do injusto, de outros princípios penais: culpabilidade, proporcionalidade ou insignificância.” (CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011, 237f., Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 202).

<sup>18</sup> “As normas penais, é sabido, socorrem o ordenamento jurídico nas situações mais graves. Isto é, das ações mais violentas dirigidas aos bens jurídicos mais caros à uma sociedade historicamente localizada. Ao se pensar na proteção penal de um bem jurídico de caráter econômico, é imperioso o questionamento acerca do conteúdo deste bem jurídico e, além disso, de quais seriam os ataques violentos que as normas sancionatórias de caráter não penal falharam em evitar.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. op. cit., p. 154).

<sup>19</sup> “O Direito Penal Econômico e os crimes econômicos somente poderão ser satisfatoriamente definidos de uma perspectiva jurídica, isto é, ostentando por substrato conceitual o bem jurídicos que visam a proteger, qual seja, a ordem econômica, cuja relevância constitutiva legitima sua tutela penal. Para tanto, conforme já exposto, não se nega a inspiração e a influência do Direito Econômico para a compreensão do Direito Penal Econômico, notadamente ao fornecer o sustentáculo do conceito de ordem pública econômica e descontinar os princípios e valores que conformam a intervenção estatal na economia.” (CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. op. cit., p. 201).

<sup>20</sup> “El marco constitucional del Derecho penal económico no puede quedar colmado sin hacer referencia a los principios constitucionales esenciales en los que se desenvuelve el Derecho penal en general y a sus particularidades en el ámbito de la actividad económica.” (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 29)

<sup>21</sup> “La preocupación por la delincuencia económica viene, sin embargo, de más lejos y adquirió carta de naturaleza en la Criminología desde que a finales de los años treinta el sociólogo norteamericano Sutherland acuñó la expresión ‘white-collar-criminality’ para describir la deincuencia característica realizada por los

Grande Guerra o marco histórico do início da sistematização do Direito Penal Econômico. Segundo Klaus Tiedemann, por exemplo, a origem “se remonta en numerosos países europeos a las épocas de emergencia de la Primeira Guerra Mundial, en las cuales se desarrolló por primera vez un amplio arsenal de normatividad económico-administrativa para el control de la satisfacción de necesidades.”<sup>22</sup> O que se observa, nessa perspectiva, é que, nos momentos em que o capital se viu diante de suas mais profundas contradições e crises, o Direito intervém com mais veemência. O capítulo segundo dessa pesquisa se dedicará mais especificamente às ideias a esse respeito, inclusive com a já mencionada proposta de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico.

Inclusive, toda essa evolução reflete o fenômeno de expansão do Direito Penal, tão bem trabalhado na obra de Jesus-Maria Silva Sánchez<sup>23</sup>, como assinala Ana Elisa Bechara:

A partir do último terço do século passado, e especialmente nas últimas três décadas, no âmbito de uma sociedade pós-industrial complexa (também denominada sociedade de risco), operou-se nítida transformação no sistema penal, que se expandiu e aumentou seu rigor sob a pretensa justificativa da busca de uma maior segurança social. Em razão de despertar esperanças positivas, tal tendência expansiva não enfrentou maior resistência do âmbito social, levando, no marco de denominada modernização, a um novo perfil de intervenção penal. Abandonando a relação dialética até então presente entre propostas abolicionistas e expansionistas, a discussão no contexto penal “evolui”, assim, para o binômio reducionismo *versus* expansionismo, acarretando novos questionamentos sobre os fundamentos, a legitimidade e os efeitos do Direito Penal.<sup>24</sup>

sectores económicos más poderosos al amparo de poder y de las relaciones que ello les supone. Desde entonces la delincuencia económica há ido ocupando um espacio cada vez mayor em los manuales y tratados de Criminología, sin que, sin embargo, se sepa muy bien cuáles son sus contornos y límites o sus principales rasgos definitorios.” (CONDE, Francisco Muñoz. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal económico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 94-95).

<sup>22</sup> TIDIEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2. ed., Lima : Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 5. No mesmo sentido: “O desenvolvimento científico do direito penal econômico e sua estruturação normativa deram-se notadamente após o término da Primeira Grande Guerra. Antes disso, encontravam-se preceitos jurídicos-penais especialmente na proteção de normas sobre os preços, o monopólio’ das corporações de ofício, a cunhagem de moedas na Idade Média, a ‘especulação e açambarcamento’, a saúde pública, o monopólio comercial, as medidas falsas, as mercadorias corruptas e venenosas, dentre outros delineamentos dos tipos modernos, mas dispostos de modo desordenado.” (CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito de direito penal econômico. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 411-412).

<sup>23</sup> La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales, 3. ed., Madrid : Edisofer S.L., 2011.

<sup>24</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Siva. *Valor, norma e injusto penal*: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo, Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2018, p. 145-146.

Fenômeno que também se explicaria pela já citada insuficiência ou inaptidão das demais estruturas jurídicas, especialmente aquelas associadas ao Direito Civil e ao Direito Administrativo<sup>25</sup>, que, ao lado da ética social, nas palavras de Jesus-Maria Silva Sánchez, na referida obra, padecem de descrédito:

Lo anterior, com todo, todavía no explicaría de modo necesario la demanda de punición y la consiguiente expansión *precisamente* del Derecho penal. Em efecto, tales datos podrían conducir ciertamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocurre, sin embargo, que tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al Derecho civil y al Derecho administrativo. Resulta innegable que, dejando otras consideraciones al margen, las normas de la moral social – como *normas* que son – desempeñan una función de orientación, al permitir predecir en cierta medida la conducta de los demás, de modo que quiepa renunciar así al permanente proceso de aseguramiento cognitivo. Pero, entonces, la ausencia de una ética social mínima hace, en efecto, imprevisible la conducta ajena y produce, obviamente, la angustia que corresponde al esfuerzo permanente de aseguramiento fáctico de las propias expectativas o a la constante redefinición de las mismas. Pues bien, las sociedades modernas, en las que durante décadas se fueron demoliendo los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no parecen funcionar como instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos. En segundo lugar, en lo que hace al Derecho civil de daños, es más que discutible que éste, dada su tendencia a la objetivización de la responsabilidad, pueda expresar la reprobación que es necesario manifestar ante determinados hechos. Algo que resulta especialmente patente en la evolución del Derecho de daños desde el ‘modelo de la responsabilidad’ al ‘modelo del seguro’. Desde este modelo, en efecto, puede dudarse que el Derecho civil esté en condiciones de garantizar dos de los aspectos, a mi juicio, fundamentales de su función político-jurídica clásica. Así, por un lado, si el daño está asegurado, es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agente; pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la aseguradora, siendo su repercusión individual, en el peor de los casos, la derivada de un incremento general de primas. Luego el modelo del seguro tiene como consecuencia un decremento de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales danosas podría tener el Derecho civil de daños. Por otro lado, el modelo del seguro tiende a configurar montantes estandarizados de indemnización que se alejan cada vez más de garantizar a los sujetos pasivos una compensación, si no integral (cuya propia posibilidad práctica resulta cuestionable), al menos minimamente próxima a ésta. Todo lo cual, por lo demás, intensifica la perdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil que se inicia tan pronto como ésta abandona la idea de culpa. En tercer lugar, por lo que hace al Derecho administrativo, el recurso al principio de oportunidad, al que se han ido sumando la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción, han sumido en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector (ya preventivos, ya sancionatorios). Se desconfía –

---

<sup>25</sup> BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Crimes de colarinho branco e a (in) eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 107, jul.2014, p. 103-120, p. 114.

con mayor o menor razón, según las ocasiones – de las Administraciones públicas en las que, ás que medios de protección, se tiende a buscar cómplices de delitos socio-económicos de signo diverso. El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*.<sup>26</sup>

Ainda, a respeito do Direito Administrativo, sobretudo considerando que quase a totalidade das atividades que traduzem em termos práticos a relação Estado e capital são reguladas nessa esfera, poderia se cogitar da sua utilidade e suficiência na resolução dos problemas vinculados, sobretudo por meio do Direito Administrativo Sancionador, como um refratário ou um antídoto na expansão da criminalização. Porém, sem desconsiderar vocações diferentes<sup>27</sup>, por assim dizer, o Direito Administrativo, como sinaliza Fábio Medina Osório, vive verdadeira crise que, como dito acima, resulta em seu descrédito:

O certo é que o Direito Administrativo está mergulhado no universo de incertezas que caracteriza nossa época, em que o próprio Estado possui sua existência crescentemente questionada, onde a velocidade vertiginosa dos acontecimentos, somada à sua complexidade brutal, impactam as estruturas jurídicas. É possível constatar que um dos graves problemas da atualidade é o agigantamento de empresas privadas diante de Estados, que resultam cada vez mais fracos, menores, politicamente dependentes dessas mesmas empresas. Estas montam seus negócios e seus poderes a partir de fusões e concentrações, resultando cada vez mais fortes e poderosas. Os Estados, ao contrário, vão ficando cada vez mais fracos, com orçamentos menores, verdadeiros “anões” pertos das “gigantes” empresas da iniciativa privada, sobretudo nos processos de agressivas globalizações econômicas, onde o espaço global absorve os mercados frágeis, e frágeis são os que carecem de Estados fortes. Não são apenas os Estados que estão diminuindo em tamanho e, em muitos casos, poder. A fragmentação do poder político, numa perspectiva global, tende a impactar os Estados, redesenhando as concepções clássicas de soberania. Tal impacto afeta as economias dos Estados, é evidente. Os cenários tornam-se, assim, flutuantes, extremamente hostis e imprevisíveis. Nesse contexto, as certezas, e, com elas, a segurança nas relações, reduziram-se drasticamente nas sociedades atuais. O problema, no caso específico que tratamos, é que as incertezas decorrentes de todos os processos transformacionais ocorridos no século XX, fundamentalmente a partir de suas últimas décadas, atingiram em cheio o Direito, o que se aprofunda neste século XXI. [...] As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Se o Direito, em geral, sempre caminhou atrás dos fatos, em uma sociedade veloz, instantânea, de informação, pluralista, esse instrumento de controle social

---

<sup>26</sup> *La expansión...*, p. 58-64.

<sup>27</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo : Thomson Reuters, 2019, p. 149-150.

resulta ainda mais lento diante da assustadora rapidez dos acontecimentos e transformações de todos os tipos que ocorrem nas civilizações globalizadas. [...] Com esses abismos entre o Direito e a realidade social e política, sobretudo diante da dinâmica das transformações globais e tecnológicas, a técnica jurídica, não raro, fica relegada a um plano secundário na sociedade, seu papel transformador e fiscalizador resulta banalizado e desmoralizado, caindo as instituições jurídicas em descrédito ante a opinião pública e, ademais, ante as próprias instâncias de Poder. Se há, e isso nos parece inegável, uma crise geral das instituições jurídicas, evidentemente que o Direito Administrativo vive, também, seu próprio drama, visto que, em uma época de tantas incertezas, esse ramo jurídico, que é extremamente sensível à realidade, dificilmente escaparia de questionamentos críticos.<sup>28</sup>

Dito isso, o compliance parece que pode ser reconhecido como uma quarta fase desse movimento histórico. Um próximo passo dessa relação entre Estado e capital, em que aquele transfere ao particular a tarefa de auxiliá-lo na tarefa de prevenir ilegalidades ou práticas em desconformidade com o ordenamento legal – dado que tentativas anteriores, mesmo a mais drástica delas, não se mostraram suficientes. Para tanto, o Estado, mais uma vez, se vale do seu instrumento mais apto para tanto: o Direito. E assim o faz mediante a previsão legal de sanções – consequências negativas pelo desrespeito das normas jurídicas ou imperativos categóricos – para os particulares, notadamente as pessoas jurídicas, que não se organizem para evitar tais práticas<sup>29</sup>. Determina, assim, que não só o particular deve organizar o exercício de sua atividade econômica – o que já o faz pelas normas de Direito Empresarial – mas que essa organização deve ser feita de forma específica e com um objetivo maior, ou

<sup>28</sup> *Direito administrativo sancionador*, 7. ed., rev. e atual., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81-84.

<sup>29</sup> Exemplo dessa ideia no Brasil, se dá com a análise conjunta das Leis de Lavagem de Dinheiro e Anticorrupção como pontua Camila Rodrigues Forigo: “A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei Federal nº 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012) e a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 e modificada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015) apresentam diversos aspectos relevantes no combate aos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção. Dentre esses aspectos, destacam-se o estabelecimento de determinadas obrigações aos agentes particulares, bem como o incentivo para que colaborem com a polícia judiciária na prevenção e no controle a esses delitos. Essas medidas refletem a dificuldade de o poder público, isoladamente, prevenir, detectar e sancionar essas condutas ilícitas ante o cenário globalizado no qual a atividade empresarial se insere, já que pessoas e capitais transitam livre e rapidamente entre os diversos países e os avanços tecnológicos são utilizados para a prática desses crimes. Além disso, cada empresa apresenta particularidades conforme o seu tamanho, a atividade desenvolvida e o local em que exerce suas atividades, de modo que acaba sendo mais eficaz do que a polícia judiciária na detecção e no controle dos riscos de cometimento de ilícitos que podem ser praticados em seu interior. Tais fatores acabam por ensejar a transferência por parte do poder público aos agentes particulares na prevenção e no controle a esses crimes por meio dos denominados sistemas de criminal compliance. Essa transferência, que pode ser classificada como uma forma de privatização, é o tema central a ser abordado no presente estudo.” (FORIGO, Camila Rodrigues. O criminal compliance e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion [coords.] *Direito penal econômico* [versão eletrônica pdf]: administração do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos, Londrina : Thoth, 2017, p. 17-18).

seja, a forma apta a assegurar que a conformidade jurídica seja preservada. Inobservado esse modelo posto de execução da atividade, sanciona-se.

O compliance, nessa perspectiva, é feito de normas de direcionamento direto ou indireto da organização da atividade econômica e de normas sancionadoras pelo descumprimento dessa premissa, pela atuação coercitiva do Estado. O compliance pode ser considerado, portanto e em uma de suas perspectivas conceituais, como método técnico-jurídico de intervenção do Estado no domínio econômico, pois determina juridicamente como o capital deverá ser organizado a fim de evitar sua destinação para fins contrários ao direcionamento econômico, ao ordenamento jurídico e aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Aliás, paralelamente, esse movimento de sanção se dá, inclusive e por vezes de forma coincidente na prática, pela evolução da matéria da responsabilização penal da pessoa jurídica, que será melhor analisada no capítulo 4, mas que desde logo já permite uma primeira sinalização dos porquês parece não ser possível pensar em compliance sem se pensar, em relação simbiótica, na formatação de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico.

Esse encaminhamento histórico fica muito claro na leitura que pode ser feita a partir da movimentação política, econômica e jurídica em cenário internacional que passa pela identificação de alguns marcos mais importantes, que, inclusive, direcionam ao entendimento dos porquês o Brasil está envolto na questão. Destacadamente, parte desses marcos relacionados à preocupação com a organização dos sistemas econômicos, financeiros, monetários e dos mercados de valores mobiliários, e parte deles relacionados à preocupação com as práticas de corrupção<sup>30</sup>. Dois principais fios condutores, por assim dizer, da noção de transferência ao particular da tarefa de prevenir ilegalidades ou práticas em desconformidade jurídica. O primeiro com o mote claro de se buscar a manutenção da saúde de tais sistemas, o segundo tendo o compliance como grande mecanismo preventivo das práticas corruptas. Ambos demonstram que a evolução da legislação brasileira e o trato jurídico do compliance no Brasil acompanham as principais agendas internacionais.

---

<sup>30</sup> Como pondera Rodrigo de Pinho Bertocelli: “Estamos testemunhando um período fértil de reflexões globais sobre transparéncia e integridade das condutas de agentes públicos e privados, em razão dos incontáveis escândalos de corrupção no mundo e seus nefastos efeitos econômicos e sociais, a mesmo tempo em que observamos a necessidade reduzirmos os incentivos dos sistemas políticas e econômicos à corrupção, ao passo que o termo *compliance* se torna cada vez mais presente nos jornais e na realidade das empresas brasileiras.” (Compliance In CARVALHO, André Castro [et. al][coords]. *Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019, p. 37).

Quanto ao primeiro, destacam-se as Conferências de Bretton Woods em 1944, impondo a regulamentação dos sistemas financeiros e bancários<sup>31</sup> e a criação, em 1974, do Comitê da Basileia de Supervisão Bancária e sua atuação histórica na sequência<sup>32</sup>. Não à toa os setores financeiros estrangeiros e, por certo, o brasileiro são áreas das mais regulamentadas pelo Estado, razão pela qual a própria tarefa de conformidade já é, na linha do tempo, há muito objeto de preocupação. Em relação à busca pela evolução sadia dos mercados de valores mobiliários, antes, em 1933, há a criação da *Securities and Exchange Commission* --

<sup>31</sup> “Vale ressaltar em que contexto surgem a necessidade de regulação e de padrões de transparência e, como consequência, o movimento da criação de compliance (conformidade). No início dos anos 1970, com o fim do Bretton Woods, cujas conferências definiram o Sistema de Bretton Woods de gerenciamento econômico internacional, ficaram estabelecidas, em julho de 1944, as regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo. O sistema de Bretton Woods foi o primeiro exemplo, na história mundial, de uma ordem monetária totalmente negociada, tendo como objetivo governar as relações monetárias entre Nações-Estado independentes. Preparando-se para reconstruir o capitalismo mundial enquanto a Segunda Guerra Mundial ainda grassava, 730 delegados de todas as 44 nações aliadas encontraram-se no Mount Washington Hotel, em Bretton Woods, New Hampshire, para a Conferência monetária e financeira das Nações Unidas. Os delegados deliberaram e finalmente assinaram o Acordo de Bretton Woods (Bretton Woods Agreement) durante as primeiras três semanas de julho de 1944. Definindo um sistema de regras, instituições e procedimentos para regular a política econômica internacional, os planificadores de Bretton Woods estabeleceram o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (International Bank for Reconstruction and Development, ou Bird – mais tarde dividido entre o Banco Mundial e o Banco para investimentos internacionais) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).” (MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*, São Paulo : Saint Paul Editora Ltda., 2008, p. 15-16).

<sup>32</sup> “Foi criado o Comitê da Basileia para Supervisão Bancária (conhecido como Comitê da Basileia), objetivando o fortalecimento e a proteção do sistema financeiro pela determinação de boas práticas financeiras e procedimentos prudenciais de controle e atuação. Em julho de 1988, o Comitê da Basileia aprovou o Acordo de Capital da Basileia, conhecido como Basileia I, cujo objetivo era proporcionar condições equilibradas aos bancos comerciais como o estabelecimento, de um padrão mínimo de capital aplicável a todos os países-membros, minimizar riscos de insucesso dos bancos, garantir a solvência e a liquidez do Sistema Financeiro Internacional e uniformizar normas aplicáveis às instituições financeiras. [...] Em 1997, o Comitê da Basileia divulga orientação aos bancos centrais para garantem, na medida do possível, a rigidez dos sistemas financeiros, com responsabilidades e objetivos bem definidos [...]. 1997. Divulgação dos 25 princípios para uma supervisão bancária eficaz pelo Comitê da Basileia, com destaque para o princípio n. 14: Os supervisores da atividade bancária devem certificar-se de que os bancos tenham controles internos adequados para a natureza e escala de seus negócios. Estes devem incluir arranjos claros de delegação de autoridade e responsabilidade: segregação de funções que envolvam comprometimento do banco, distribuição de seus recursos e contabilização de seus ativos e obrigações; reconciliação destes processos; salvaguarda de seus ativos; e funções apropriadas e independentes de auditoria interna e externa e de *compliance* para testar a adesão a estes controles, bem como a leis e regulamentos aplicáveis. 1998. Era dos controles internos. Comitê da Basileia: publicação dos 13 princípios concernentes à supervisão pelos administradores e cultura / avaliação de controles internos, tendo como fundamento a ênfase na necessidade de controles internos efetivos e a promoção da estabilidade do Sistema Financeiro Mundial [...]. 2003. O Comitê da Basileia divulga práticas recomendáveis para Gestão e supervisão de riscos operacionais e publica o documento consultivo referente à função de *compliance* nos bancos – *Consultative document – The compliance function in bank*. [...] 2004. O Comitê da Basileia publica em junho de 2004 o documento *International convergence of capital measurement and capital standards: a revised framework*, de dí origem ao novo Acordo de Basileia, também como Basileia II.”. (Idem, p. 16-17 e 30-32). Em 2010, foi firmado o Acordo conhecido como Basileia III como marco regulatório para o aprimoramento dos sistemas bancários e financeiros. Nele, ficou definido que que as autoridades de supervisão bancária devem assegurar que os bancos sob suas supervisões tenham os sistemas de gerenciamento de risco de créditos baseados na integridade, bem como os bancos devem manter uma rotina de procedimentos que assegure o compliance com políticas internas, controles e procedimentos relacionados ao gerenciamento de risco de créditos. (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Basel, Switzerland, 2010, p. 48).

SEC norte-americana que, em 1960, passa a insistir na contratação de profissionais de conformidade pelas empresas com valores mobiliários na bolsa norte-americana para a criação de procedimentos internos de controle.

Paralelamente, o outro fio condutor incentivador da consolidação do compliance é a preocupação em cenário internacional com o combate às práticas de corrupção. Nesse contexto, os Estados Unidos foram pioneiros em tais medidas. Impulsionados em razão do escândalo do caso de Watergate, inclusive com o envolvimento do ex-presidente Richard Nixon, e dos acontecimentos que se desencadearam, bem como pela identificação do pagamento de suborno pelas empresas norte-americanas a autoridades estrangeiras, em 1977 foi aprovado o Foreign Corrupt Practices Act – FCPA<sup>33-34</sup>. Do ponto de vista econômico,

<sup>33</sup> “Os Estados Unidos são exemplo no combate à corrupção corporativa, inclusive sendo pioneiros na criação de normas nesse sentido e servindo como indutores da aplicação de normas análogas mundo afora. Esse vanguardismo, no entanto, não se deu antes de se constatarem diversos casos e circunstâncias problemáticos, como foi o notório caso de Watergate, envolvendo o presidente Richard Nixon, que em verdade desencadeou uma busca no Congresso norte-americano por recados claros de preservação das instituições e pelo impedimento a atos corruptos. Em 1975, o Subcomitê de Corporações Multinacionais encontrou diversas empresas americanas que haviam, em algum momento, pago suborno em países estrangeiros, a exemplo da Northrop, a qual vendia aeronaves à Arábia Saudita e la havia pago a autoridades locais por benefícios diversos. Somado a este caso, no mesmo ano, outro comitê do Senado iniciou investigações à Lockheed – outra companhia de tecnologia aeronáutica -, descobrindo subornos em diversos países como Japão e Arábia Saudita. Esses casos foram notórios, pois, apesar de as empresas terem violado diversas leis americanas, violaram a todas somente de forma tangencial, uma vez que à época não era explicitamente proibido o pagamento de subornos a autoridades estrangeiras. Com isso, em 1977, o Comitê propôs projeto de lei que proibiria esse tipo de atitude. Poucos foram os debates nas Casas do Parlamento, que aprovaram o FCPA por unanimidade no mesmo ano.”. (SORÉ, Raphael Rodrigues. *A lei anticorrupção em contexto: estratégias para a prevenção e o combate à corrupção corporativa*, Belo Horizonte : Forum, 2019, p. 75-76); “O compliance com as normas anticorrupção é fortemente influenciado pela legislação norte-americana. Muito do que se observa hoje no plano internacional decorre de uma política criminal iniciada no final dos anos 70 do século XX. Após o escândalo de Watergate, a SEC – *Securities Exchange Commission* nos Estados Unidos – descobriu que empresa norte-americanas haviam pago milhões de dólares em subornos, para corromper funcionários públicos estrangeiros. A SEC reportou que dinheiro de ‘caixa 2’ de empresas estava sendo usado para fazer contribuições de campanha ilegais nos Estados Unidos e para o pagamento de propinas no exterior. Além disso, as empresas estavam falsificando seus registros contábeis para ocultar esses pagamentos. Em resposta a esse escândalo, que manchou a reputação das empresas americanas e prejudicou o eficiente funcionamento dos mercados, além de danificar a política externa do país, o Congresso norte-americano elaborou, em 1977, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).” (VERÍSSIMO, Carla. op. cit., p. 149-150).

<sup>34</sup> “O estudo do *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), uma lei norte-americana de anticorrupção para atos cometidos no exterior, justifica-se não apenas por tratar-se de um marco normativo estrangeiro sobre o tema – e uma resposta significativa dada pela principal economia do mundo ao problema da corrupção –, mas, sobretudo, por possuir jurisdição capaz de abranger pessoas de qualquer outro país que se utilizem de meios situados nos EUA para efetuar atos de corrupção. Além disso, é acompanhada de esforços para que outros países adotem legislação semelhante, por intermédio da atuação de organizações internacionais e das suas convenções, notadamente: Convenção da OCDE sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, Convenção Interamericana contra a Corrupção e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Sob o ponto de vista prático, o estudo do FCPA importa ao profissional de compliance porque: i) uma empresa, ainda que brasileira e sem emissão de *American Depository Receipts* (ADRs), pode estar submetida a sua jurisdição, o que exige atenção aos seus dispositivos e precedentes; ii) o Brasil integra organizações internacionais ou é signatário de convenções em relação às quais os EUA exercem grande influência no cenário internacional; iii) nossa legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/13 e Decreto 8.420/15) foi, em certa medida, influenciada pelo FCPA e a evolução da sua aplicação naquele país; e iv) nossas

inclusive, tal documento teve por ideal o restabelecimento da justiça na disputa do mercado prejudicada pela corrupção, com o nivelamento do jogo por regras lícitas e transparentes<sup>35</sup>, o que demonstra, nessa ótica, a convergência histórica e contextual dos principais fios condutores do desenvolvimento do compliance pelo olhar da intervenção do Estado no domínio econômico.

Como características destacadas, o FCPA é aplicável às empresas norte-americanas e àquelas que, embora não o sejam, pratiquem qualquer ato executório no país relacionado à prática de corrupção, negociem na bolsa de valores norte-americana, ou participem de reuniões em território estatudinense<sup>36</sup>. Também se destaca o aspecto da extraterritorialidade da responsabilização, dado que as empresas americanas podem ser responsabilizadas por atos de suborno, mesmo se nenhum ato relacionado, inclusive as tomadas de decisão nesse processo, tenha sido tomado em território norte-americano. Para punição, exige-se o pagamento, oferecimento, autorização ou promessa de pagamento à autoridade pública estrangeira ou a terceiro dedicado a repassá-lo, e que a postura esteja vocacionada à prática do ato de corrupção.

Do ponto de vista do perfil da responsabilização, o FCPA adota o regime de responsabilidade subjetiva, deixando espaço à empresa que demonstre a ausência de culpa. Nessa perspectiva, os programas de integridade ou compliance apresentam-se como grande instrumento de defesa da empresa para elidir a postura culposa e, por consequência, sua

autoridades possuem instrumentos de cooperação com as autoridades norte-americanas responsáveis pelo *enforcement* do FCPA.” (VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) In CARVALHO, André Castro [et. al][coords]. *Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019, p. 319-320).

<sup>35</sup> “O FCPA foi aprovado em 1977 pouco após as investigações do *Escândalo de Watergate* sobre doações políticas ilegais, quando se apurou um amplo esquema de corrupção global capitaneado por empresas norte-americanas. De acordo com dados divulgados, centenas de companhias pegaram milhões de dólares em propina para agentes de governos estrangeiros para garantir negócios nesses países. O Congresso norte-americano pôde verificar que a corrupção internacional era responsável, dentre outras coisas, por: i) manchar a imagem dos negócios nos EUA; ii) prejudicar a reputação e a confiança na integridade das empresas norte-americanas; iii) dificultar o funcionamento eficiente dos mercados e, dessa maneira, fomentar a sua instabilidade; iv) promover vantagens para empresas honestas; e v) precarizar os produtos distribuídos ao redor do mundo. O objetivo da aprovação do FCPA era minimizar esses efeitos nocivos e as ramificações negativas da política externa de suborno transnacional, por meio de mudanças no modelo de responsabilização cível e criminal de empresas e pessoas físicas envolvidas em atividades ilícitas dessa natureza. Com isso, buscou-se o nivelamento do campo de jogo (*leveling the playing field*), para que as empresas passassem a ‘jogar’ sob as mesmas regras de maneira mais transparente e lícita.” (Idem, p. 320-322).

<sup>36</sup> VERÍSSIMO, Carla. op. cit., p. 151. Ainda: “Esse instrumento jurídico visa dois tipos de agentes corruptivos, aqueles com vínculos formais com os Estados Unidos e qualquer pessoa que realize atos executórios ligados a ato ilícito de corrupção enquanto estiver nesse país. Assim, empresas estrangeiras que negociem ações na bolsa americana ou um cartel que estabeleça reunião em território estatudinense, e mesmo empresa que esteja em consórcio, *joint-venture* ou qualquer espécie de parceria com empresa americana, estarão sujeitos às medidas do FCPA.” (SORÉ, Raphael Rodrigues. op. cit., p. 76).

responsabilidade<sup>37</sup>. “As medidas de *compliance* nasceram, assim, nas empresas americanas, como instrumentos de prevenção às pesadas punições do FCPA e acabaram por ser introduzidas à própria atividade fiscalizadora e punitiva do Estado.”<sup>38</sup>.

Na mesma linha de combate às práticas de corrupção, sucederam-se ao FCPA a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA (1996), a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003)<sup>39</sup>. Ambas com mecanismos de acompanhamento e monitoramento de implantação do compliance pelos Estados-partes<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> “As empresas americanas podem ser responsabilizadas pelo pagamento de suborno a autoridades estrangeiras mesmo que a tomada de decisão tenha, por exemplo, sido de sua filial localizada em solo estrangeiro, ou seja, mesmo que nenhuma etapa ocorra em espaço territorial americano ou tenha envolvido a conduta de um cidadão daquele país, tal empresa poderá ser punida pela lei em comento. Quanto à atitude punível pelo FCPA, ela deve ser comprovadamente constituída dos seguintes pontos essenciais. Primeiramente, deve ter existido pagamento, oferecimento, autorização ou promessa de pagamento (de dinheiro ou qualquer objeto de valor), sendo ele direcionado para uma autoridade pública estrangeira (ou terceiro que a ela repasse o suborno). Exige-se, ainda, que a motivação do ato seja corrupta, objetivando, de modo alternativo, uma das seguintes finalidades: i) influenciar ato ou decisão do agente, ii) induzir ação ou omissão que viole dever legal, iii) assegurar vantagem ilícita, iv) induzir o agente a influenciar decisão ou ato oficial, visando ajudar ou obstar negociações. Portanto, nos termos do FCPA, não é necessário o efetivo pagamento de suborno, mas exige-se a consciência de que o ato praticado é considerado ilegal (ou seja, a atitude ingênua não será punida), bem como a responsabilidade corporativa é subjetiva, ou seja, possui a empresa a possibilidade de alegar a ausência de culpa como defesa contra uma punição. Tal fato é bastante relevante, tendo em vista que os programas de integridade ou *compliance*, como comumente são denominados, passaram a constituir-se de não apenas mecanismos preventivos, mas de efetivos instrumentos para a defesa.” (SORÉ, Raphael Rodrigues. op. cit., p. 75-76).

<sup>38</sup> Idem, p. 77.

<sup>39</sup> “A Convenção da OCDE adota a mesma lógica do FCPA: preocupa-se somente com a corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais; exige que os Estados responsabilizem o lado da oferta da corrupção nas operações comerciais internacionais, as pessoas jurídicas; recomenda a aplicação extraterritorial da jurisdição para o processo de nacionais por delitos cometidos no exterior, e ocupa-se ainda da contabilidade das pessoas jurídicas, determinando aos Estados-partes que proíbam o caixa dois, o registro inadequado de operações, ou dessas inexistentes, bem como o uso de documentos falsos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção. Quanto aos funcionários corruptos, sua responsabilização deverá ocorrer no país em que exercem suas funções, com base no direito doméstico. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em 2003, é um documento internacional bem mais amplo, que impõe aos Estados-partes a obrigação de criminalizar, investigar e punir tanto a corrupção ativa como a passiva de funcionários públicos nacionais (art. 15), assim como o suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas (art. 16). A Convenção também exige a responsabilização das pessoas jurídicas por sua participação nos delitos de corrupção, na esfera penal, civil ou administrativa, sem prejuízo da responsabilidade penal que caiba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos (art. 26).” (VERÍSSIMO, Carla. op. cit., p. 154).

<sup>40</sup> “A Convenção [das Nações Unidas] impõe ainda aos Estados-partes a obrigação da adoção de medidas no setor privado, destinadas a prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria, com a necessária sanção (civil, administrativa ou penal) em caso de descumprimento dessas medidas. Essas medidas poderão consistir, entre outras, na promoção da formulação de normas e procedimentos destinados a salvaguardar a integridade das empresas, incluindo a elaboração de códigos de conduta para o correto exercício das atividades comerciais, a promoção de boas práticas entre as empresas e em suas relações contratuais com o Estado; na promoção da transparência, principalmente na identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas na

Em 2010, o Reino Unido, influenciado principalmente pelas críticas de descumprimento à Convenção da OCDE lança o The Bribery Act ou United Kingdom Bribery Act – UKBA que criminaliza a oferta de suborno a funcionário público estrangeiro e também trata das mais variadas formas de prática de corrupção internas. Também tem aplicação extraterritorial, não só às empresas do Reino Unido mas também àquelas que lá tenham negócios<sup>41</sup>.

No Brasil, embora a corrupção já fosse sancionada juridicamente<sup>42</sup>, o grande marco normativo é a Lei nº 12.846 de 2013 conhecida como Lei da Integridade Empresarial, Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa<sup>43</sup>. Suas características, bem como seu respectivo decreto regulamentador serão objeto de estudo no tópico subsequente, porém, para fins históricos, é importante dizer que ela veio para suprir verdadeira lacuna de cumprimento das Convenções da OEA, OCDE e ONU internalizadas pelo Brasil<sup>44-45</sup>. A própria exposição de

constituição e na gestão das empresas; além de velar para que as empresas disponham de suficientes controles internos contábeis e pela adoção de procedimentos de auditoria e certificação (art. 12). Tanto a Convenção da OCDE como a Convenção da ONU possuem mecanismos de monitoração de *compliance*.” (Idem, p. 154-155).

<sup>41</sup> “A Inglaterra editou o ‘The Bribery Act’ em 2010, para, dentre outras razões, atender às críticas da OCDE quanto ao cumprimento da Convenção e sanar deficiências em sua legislação anticorrupção. Por meio desta lei, foi criminalizada a oferta de suborno a funcionário público estrangeiro, mas a lei aborda também todas as formas de corrupção doméstica, tanto ativas como passivas. À semelhança do FCPA e da Convenção da OCDE o Bribery Act tem aplicação extraterritorial: não apenas a empresas incorporadas no Reino Unido ou nacionais do Reino Unido, mas também a companhias estrangeiras que tenham negócios no Reino Unido, para transações que ocorram dentro ou fora deste território.” (Idem, p. 157).

<sup>42</sup> A exemplo dos crimes de corrupção passiva e ativa, previstos, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do Código Penal (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)). Acesso em: 16.06.2019).

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 16.06.2019.

<sup>44</sup> A Convenção da OEA pelos Decreto Legislativo nº 152 de 2002 e Decreto Presidencial nº 4.410 de 2002, a Convenção da OCDE pelo Decreto Presidencial nº 3.678 de 2000, e a Convenção da ONU pelo Decreto Legislativo nº 348 de 2005 e Decreto Presidencial nº 5.687 de 2006.

<sup>45</sup> “Havia a necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil [...]. Essas normas internacionais, como já referido, não definem em qual esfera deverá se dar essa responsabilização (civil, administrativa ou penal), desde que as sanções aplicadas às empresas sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas” (VERÍSSIMO, Carla. op. cit., p. 173-174); “A citada Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997, foi ratificada pelo Brasil em 14 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. A convenção prevê em seu artigo 2º que cada um dos países signatários teria a responsabilidade de punir a corrupção corporativa internacional, sendo que o Brasil descumpriu tal obrigação por mais de uma década. Assim, em dezembro de 2007, a OCDE, após uma revisão das medidas tomadas pelo Brasil, por meio de seu Grupo de Trabalho sobre Corrupção (OECD Working Group on Bribery) formado por representantes de 37 países, recomendou que o Brasil deveria rapidamente modificar suas leis para responsabilizar as empresas pelo pagamento de subornos a agentes públicos, bem como para garantir a aplicação de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas com relação a tais condutas. À época, concluía a CDE que o país ‘não tomou as medidas necessárias para determinar as responsabilidades de pessoas jurídicas nos esquemas de pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros’ e deveria criar leis que fossem aplicadas nesses casos. ‘O grupo de trabalho observa que o atual regime estatutário sobre as obrigações de pessoas jurídicas é inconsistente e, como consequência, as empresas

motivos do anteprojeto da Lei nº 12.846 de 2013, de redação por parte da Subchefia de Assuntos Parlamentares, reconhece a sua função de supressão da referida lacuna<sup>46</sup>.

Em paralelo a esses movimentos históricos, é possível identificar o desenvolvimento de outros fenômenos nas últimas décadas e na contemporaneidade que tem alterado profundamente a sociedade, as relações econômicas<sup>47</sup>, como o ser humano se relaciona com o mundo à sua volta e, por consequência, a formatação e posicionamento das instituições

não são punidas no Brasil por suborno internacional.'. As cobranças da OCDE finalmente fizeram algum efeito em 2010, quando o governo brasileiro rompeu a inércia enviando ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 6.826 de 2010, depois transformado no Projeto de Lei nº 39/2013, materializando as indicações da Controladoria-Geral da União para o tema já com as observações da OCDE.". (SORÉ, Raphael Rodrigues. op. cit., p. 97-98).

<sup>46</sup> "Temos a honra de submeter à consideração de Vossa Excelência proposta de regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira. 2. O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. 3. Sabe-se que a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Ela compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. O controle da corrupção assume, portanto, papel fundamental no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país. 4. As lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo resarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção. [...] 7. Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). 8. Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria - do que, aliás, o país já vem sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso.". (SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES. *Exposição de Motivos Interministerial nº 00011 de 23 de outubro de 2009*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm). Acesso em: 16.06.2019).

<sup>47</sup> Exemplo interessante e afeto ao compliance, é o fenômeno conhecido como *proprietários ausentes*: "O imperativo desregulamentador da economia surgido nos anos 1980, aliado à escalada do desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informações em tempo real ao redor do planeta, criou o que Zygmunt Bauman denomina de uma nova categoria de proprietários ausentes, comparando e demonstrando as diferenças existentes entre os investidores de hoje e os proprietários rurais da fase inicial do capitalismo, que deixaram de residir em suas terras para viverem longe, nas cidades. [...] Os proprietários ausentes contemporâneos decidem pro investir seus recursos em determinada atividade econômica sobre a qual não têm controle administrativo e operacional direto e localizado. Em vista disso, pode haver distanciamento e, por vezes, colisão entre os interesses dos acionistas e investidores – os reais proprietários das empresas na atualidade [...]. Surge, assim, a necessidade de estabelecimento de regras e manuais que possam proteger as partes interessadas no bom desempenho da empresa de eventuais desmandos de sua gestão profissional, da inoperância de seu conselho de administração ou fiscal, ou mesmo das constantes omissões ou mesmo coonestações das auditorias ditas independentes.". (SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 41-42).

jurídicas. São fenômenos que, justamente por essas características, também fomentam um repensar sobre os comportamentos sociais e sobre as instituições jurídicas. Reconhece-se, assim, a evolução das tecnologias da informação, destacadamente o computador, a internet, o uso da informação como força motriz do desenvolvimento social, à robótica e inteligência artificial.

Muitas leituras são feitas sobre o conjunto desses fenômenos e qualquer tentativa de limitá-las ou estudá-las à exaustão nessa pesquisa não só seria infrutífera como desvirtuaria os fins metodológicos propostos. De todo modo, é possível se falar de forma destacada na existência de uma sociedade de risco (suas novas institucionalizações, regras de prevenção acima de níveis individuais, um novo contrato de risco firmado e sancionado pelo Estado que visa a distribuição justa dos efeitos secundários dos riscos criados)<sup>48-49</sup>, da chamada sociedade da informação ou pós-industrial e da quarta revolução industrial.

---

<sup>48</sup> Expressão cunhada na obra de Ulrich Beck, correspondente, a grosso modo, a proliferação contemporânea de riscos em razão do desenvolvimento das tecnologias e diversificação dos modelos de produção humana. Segundo o autor: “O ritmo e a radicalidade dos processos de modernização nas sociedades de risco trazem à colação as consequências dos sucessos da modernização. Surge uma nova categoria de risco, uma vez que as condições do seu cálculo e o processamento institucional falham parcialmente. Estas circunstâncias levam ao desenvolvimento de um novo clima moral na política no qual as apreciações culturais, portanto, diferentes de país para país, desempenham um papel central e os prós e os contras das consequências possíveis ou reais das decisões técnicas ou econômicas são debatidos publicamente, ao mesmo tempo que as funções da ciência e da tecnologia também mudam. Nos últimos dois séculos, a tradição nas sociedades ocidentais foi substituída pelo juízo dos cientistas. No entanto, quanto mais a ciência e a tecnologia penetram e transformam a vida a nível global, tanto menos óbvia é, paradoxalmente, esta autoridade dos peritos. Os meios de comunicação social, os parlamentos, os movimentos sociais, os governos, os filósofos, os juristas, os escritores, etc., conquistam o direito de participação em discursos sobre o risco, nos quais também são levantadas questões de (auto-)restrição normativa. Os conflitos levam a novas institucionalizações, tendo até favorecido o surgimento de uma nova área jurídica, o direito do risco, que regulamenta a forma de proceder face a riscos, sobretudo de origem científica e técnica, e interfere cada vez mais na investigação, sobretudo ao nível da gestão. Portanto, a luta pela culpa e a responsabilidade, travada nos conflitos sociais em torno da definição do risco, não é – como afirma Mary Douglas – uma necessidade antropológica. Também houve perigos pré-modernos que levaram a recriminações. No entanto, estes perigos eram considerados essencialmente ‘fatalidades’ que se abatiam sobre os seres humanos ‘a partir do exterior’, podendo ser atribuídos a deuses ‘externos’, a demônios ou à natureza. A história das instituições políticas da sociedade moderna em desenvolvimento no século XIX e XX pode ser entendida como a estruturação conflituosa de um sistema de regras em confronto com incertezas e riscos industriais, portanto, resultantes de decisões. A possibilidade ou necessidade de responder com um novo ‘contrato de risco’ às aventuras que resultam da abertura e da conquista de novos mercados, assim como do desenvolvimento e da implementação de novas tecnologias é uma invenção social que remonta aos primórdios da navegação mercante intercontinental, alargada com o desenvolvimento do capitalismo nacional, a quase todas as zonas de problemas de ação social e cada vez mais aperfeiçoada. As consequências que começam por afetar os indivíduos tornam-se ‘riscos’, isto é, tipos de acontecimentos de natureza sistêmica, descriptíveis em termos estatísticos e, neste sentido, ‘calculáveis’, podendo assim ser submetidos a regras de compensação e de prevenção acima do nível individual. Este ‘cálculo de risco’ une ciências naturais, técnicas e sociais. [...] Este contrato de risco sancionado pelo Estado, que visa a redução providencial e a distribuição ‘justa’ de efeitos secundários e de custos das decisões industriais, situa-se algures entre o socialismo e o liberalismo, uma vez que reconhece o surgimento sistêmico de efeitos secundários perigosos, mas envolve simultaneamente os indivíduos na compensação e prevenção dos mesmos. Por conseguinte, a existência de violações permanentes, flagrantes e sistemáticas a este contrato de risco da sociedade nacional põe em causa o consenso que, pelo menos em princípio, sustentava a modernização: é isto que a categoria *sociedade de risco* afirma. [...] Portanto, a expressão *sociedade de risco*, que descobri e que

Segundo explica Yoneji Masuda já em 1982:

A espécie humana vive um processo de transformação silenciosa da sociedade: o surgimento de uma época da informação, centrada na tecnologia de telecomunicações e informática. Uma ‘Época da Informação’ é o período de tempo em que ocorre uma inovação na tecnologia da informação, em que se torna latente o poder de transformação da sociedade, capaz de acarretar uma expansão da quantidade e da quantidade da informação, e um aumento em larga escala no armazenamento da informação. Essa época da informação, centrada na tecnologia do computador, terá um impacto muito mais decisivo na sociedade humana do que a revolução da ‘energia’, que começou com a invenção da máquina a vapor. A razão básica disso é que a função fundamenta do computador é substituir e amplificar o trabalho mental humano, enquanto a máquina a vapor teve a função básica de substituir e amplificar o trabalho físico.<sup>50</sup>

Em relação à quarta revolução industrial, diz Klaus Schwab:

Atualmente, enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e a modelagem da nova revolução tecnológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. [...] Estou bastante ciente de que alguns acadêmicos e profissionais consideram que essas inovações são somente mais um aspecto da terceira revolução industrial. Três razões, no entanto, sustentam minhas convicções da ocorrência de uma quarta – e distinta – revolução: - Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo

utilizei, em 1986, para título do meu livro, resume uma época da sociedade moderna que não só se livra das formas de vida tradicionais, como também questiona os efeitos secundários de uma modernização bem-sucedida: biografias inseguras e perigos inimagináveis que atingem todos e contra os quais já ninguém se pode proteger de forma adequada.”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial*: em busca da segurança perdida, Lisboa : Edições 70, 2016, p. 26-29).

<sup>49</sup> “A base do modelo de produção da sociedade atual é a busca por inovações. A estrutura das relações econômicas exige o emprego de esforços constantes na modernização, na descoberta de novas tecnologias que permitam maior produtividade a um custo menor. O desenvolvimento econômico é pautado e estruturado pela rapidez com que as inovações são apresentadas, e a própria sobrevivência empresarial, em um sistema capitalista de mercado, exige a adaptação constante, sob pena de obsolescência e pericílio. Porém, a velocidade das descobertas científicas, da criação de novas técnicas de produção e de novos insumos não se faz acompanhar pelo conhecimento científico sobre os efeitos destas inovações, nem sobre os potenciais perigos oriundos de sua aplicação em processos produtivos: é o que gera o risco. A produção de riquezas e a manutenção da atual organização econômica são associadas à criação de riscos. Estes são, portanto, produto da radicalização da revolução industrial, e fator indispensável para a funcionalidade das relações econômicas, em um sistema orientado pela livre iniciativa e pelas regras de mercado [...]. As novas dimensões do risco desequilibram a ordem social e econômica, colocam em questão a própria funcionalidade dos institutos e afetam todas as esferas de relacionamento, público e privado.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 35-36).

<sup>50</sup> MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*, trad. Kival Charles Weber e Angela Melim, Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1982, p. 67). Também sobre o tema ver a obra de Armand Mattelart, *Historia da sociedade da informação*, 2. ed., São Paulo : Loyola, 2002.

multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas. Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas ‘o que’ e o ‘como’ fazemos as coisas, mas também ‘quem’ somos. Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade. [...] Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizagem da máquina). As tecnologias digitais, fundamentadas no computador, software e redes, não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, consequentemente, transformando a sociedade e a economia global. [...] A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.<sup>51</sup>

E se são provocadas tantas alterações sociais profundas<sup>52</sup>, provocando o repensar das estruturas sociais e jurídicas, aumentam-se categoricamente as chances de ocorrência de conflitos sociais e de ilegalidades econômicas, compreendidas essas na desarmonia ou desajuste entre a normalidade econômica pretendida pelo Estado por meio da ordem jurídica,

<sup>51</sup> SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*, Tradução de Daniel Moreira Miranda, São Paulo : Edipro, 2016, p. 11, 13 e 16-17.

<sup>52</sup> “Somos testemunhas de mudanças profundas em todos os setores, marcadas pelo surgimento de novos modelos de negócios, pela descontinuidade dos operadores e pela reformulação da produção, do consumo, dos transportes e dos sistemas logísticos. Na sociedade, há uma mudança de paradigma em curso no modo como trabalhamos e nos comunicamos, bem como nas maneiras de nos expressarmos, nos informarmos e nos divertirmos. Igualmente, está em andamento a reformulação de governos e de nossas instituições; o mesmo ocorre, entre muitos outros, com os sistemas de educação, de saúde e de transportes. As novas maneiras de usarmos a tecnologia para promover a mudança de comportamentos e os sistemas de produção e consumo também formam um potencial de regeneração e preservação dos ambientes naturais sem criar custos ocultos sob a forma de externalidades. As alterações, em termos de tamanho, velocidade e escopo, são históricas. [...] A tecnologia não é uma força externa, sobre a qual não temos nenhum controle. Não estamos limitados por uma escolha binária entre ‘aceitar e viver com ela’ ou ‘rejeitar e viver sem ela’. Na verdade, tomamos a dramática mudança tecnológica como um convite para refletirmos sobre quem somos e como vemos o mundo. Quanto mais pensamos sobre como aproveitar a revolução tecnológica, mais analisamos a nós mesmos e os modelos sociais subjacentes que são incorporados e permitidos por essas tecnologias. E mais oportunidade teremos para moldar a revolução de uma forma que melhore o estado do mundo.” (Idem, p. 11-12 e 13-14). São todas mudanças que tem influência decisiva na compreensão do fenômeno da criminalidade econômica – melhor explorado no capítulo 2 dessa pesquisa –, na relação Estado e capital e exigindo a existência de um compliance cada vez mais estruturado, pois como pondera o autor: “Todas essas mudanças que afetam nossos sistemas econômicos, sociais e políticos são fundamentais e difíceis de serem desfeitas, mesmo que o processo da própria globalização seja revertido de alguma forma. A questão para todas as indústrias e empresas, sem exceção, não é mais ‘haverá ruptura em minha empresa?’, mas ‘quando ocorrerá a ruptura, quanto irá demorar e como ela afetará a mim e a minha organização.’” (Idem, p. 21).

e o estado de anormalidade verificado concretamente. Além desse aspecto quantitativo, é possível verificar alterações qualitativas do ilícito, ou seja, alteram-se as formas pelas quais as práticas desajustadas do padrão legal de normalidade são realizadas. Impõe-se, portanto, não só um aprimoramento da própria relação entre o Estado e o capital<sup>53</sup>, como da própria tarefa de conformidade jurídica imposta pelo Estado.

E tais alterações são só acontecem em maior quantidade, como em bem maior frequência e velocidade<sup>54</sup>. Parece ser possível se falar em uma sociedade *beta*<sup>55</sup> marcada por rupturas<sup>56</sup> reiteradas que demandam novas compreensões sociais das respectivas consequências e as respectivas adequações sociais e jurídicas. Isso também parece explicar a necessidade de se transferir ao particular a tarefa de evitar a ocorrência das ilegalidades. No modelo de formatação do ordenamento jurídico posto, com limitações temporais inerentes a processos legislativos democráticos legítimos para desenvolvimento de normas e inerentes a procedimentos administrativos e judiciais de formação de precedentes e de sanção pautados no necessário devido processo legal, o Estado parece não estar – e não é possível afirmar se um dia estará – preparado para corrigir as ilegalidades *a posteriori*. Há um descompasso claro entre a velocidade da evolução das tecnologias da informação e das diversas possibilidades de desvios de normalidade jurídica e o tempo necessário para que o Estado, com legitimidade constitucional, possa compreender os novos fenômenos e apresentar uma solução jurídica e constitucional viável<sup>57</sup>. Nessa perspectiva, parece que é e será de certa forma espontânea e natural a transferência ao particular da obrigação de evitar que ilegalidades relacionadas às tecnologias da informação<sup>58-59</sup>.

---

<sup>53</sup> Exemplo que parece ser claro dessa ideia são as dificuldades técnicas, jurídicas e por vezes políticas de regulamentação do fenômeno dos criptoativos em que, por meio deles, há circulação de capital, em certa ou total revelia do controle estatal.

<sup>54</sup> Esse é, inclusive, um dos principais fundamentos de Klaus Schwab pelos quais defende a existência da quarta revolução industrial (SCHWAB, Klaus. op. cit., p. 13).

<sup>55</sup> Na leitura dos fenômenos da tecnologia da informação, ao se dizer que algo é *beta*, fala-se em uma versão experimental ou anterior à versão final. A ideia, nesse ponto, é sinalizar a sensação social reiterada que parece existir de que a atual formatação de tecnologias e respectivos comportamentos são sempre passageiros ou estão já desatualizados. Parece haver sempre a ânsia por uma nova versão de tudo.

<sup>56</sup> Especificamente sobre as inovações disruptivas que integram esse cenário, ver CHRISTENSEN, Clayton M; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is disruptive innovation?, *Harvard Business Review*, Dec. 2015.

<sup>57</sup> Esse parece ser um dos sentidos passíveis de atribuição à expressão de Ulrich Beck de que há uma “falha parcial no processamento institucional” em relação às novas categorias de risco (BECK, Ulrich. op. cit., p. 26).

<sup>58</sup> Mais uma vez, exemplo dessa tendência, é o já referido art. 50 da Lei Geral de Proteção de Dados.

<sup>59</sup> Do ponto de vista jurídico, inclusive, e ainda que não tenha relação direta com as tecnologias da informação, esse não é um fenômeno de todo novo. A própria dinâmica de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, prevista no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal, entre outros diplomas, em uma das óticas possíveis, implica a sanção do particular por não ter evitado o ilícito com base na teoria do risco e

Somam-se ao mesmo tempo uma relação historicamente difícil entre o Estado e o capital, premissas dogmáticas de Direito Penal, uma tarefa de conformidade a ser compreendida e realizada pelos particulares, as características de uma sociedade da informação, do risco e guiada pela quarta revolução industrial que fornecem novos instrumentos, uma sofisticação nunca antes vista e propõe novas formas e padrões de operacionalização. O desafio, sobretudo jurídico dessa espécie de “tempestade perfeita”, é tentar solucionar os muitos quebra-cabeças apresentados por todos esses fatores.

Dito isso, parece ser possível concluir por algumas razões que conjuntamente e pelas quais se fala no surgimento e tendência de consolidação do compliance: a) a evolução histórica da relação entre o Estado e o capital, com a percepção e reconhecimento daquele, ainda que tacitamente, da insuficiência de normas jurídicas programáticas de direcionamento econômico, bem como do próprio Direito Penal Econômico; b) um direcionamento em cenário internacional pautado, sobretudo, pelas agendas de busca pela manutenção da saúde dos sistemas econômico-financeiros e de combate às práticas de corrupção; e c) a formatação da sociedade contemporânea caracterizada, em linhas gerais, como a sociedade do risco, da informação e constantemente transformada pela quarta revolução industrial.

Feitas essas considerações, parece importante voltar ao conceito de compliance que tem, em si, um solo polissêmico fértil. Como pondera Giovani Saavedra “Compliance não é, porém, tarefa fácil, especialmente, porque, na prática, não se utiliza um conceito único de Compliance. A literatura internacional tem identificado, pelo menos, três formas principais de utilização do conceito: em primeiro lugar, há aquela, que procura identificar um conceito universalmente válido; há também tentativas de definir o conceito do ponto de vista organizacional, de gestão da empresa e, por fim, Compliance também costuma ser definido pelas medidas concretas de sua implementação.”<sup>60</sup>. Para o autor, “Compliance consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que

o reconhecimento pelo Estado da dificuldade de compreensão jurídica das circunstâncias relacionadas à ilegalidade. Quer dizer, pune-se a pessoa jurídica por ter gerado o risco que resultou no dano, não necessariamente porque ela causou o dano em si, justamente porque a compreensão e demonstração jurídica e prática das respectivas circunstâncias são muito difíceis ou impossíveis.

<sup>60</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual *In Revista Duc In Atum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº 15, mai.-ago.2016, p. 244-245.

demonstrem que a empresa está buscando ‘garantir’, que se mantenha em um estado de Compliance.”<sup>61</sup>.

Como comumente dito, o termo deriva da locução verbal de língua inglesa *to comply*, que semanticamente traz consigo as ideias de cumprir, obedecer, satisfazer ou atender a uma imposição<sup>62</sup>. Na definição da recente ISO 37301:2021, incorporada pela ABNT no País e que trata dos Sistemas de Gestão de Compliance, compliance pode ser entendido como um processo contínuo e o resultado de uma organização que cumpre as suas obrigações<sup>63</sup>. Além disso, também define o compliance (em seu item 3.27) como o resultado do cumprimento de

<sup>61</sup> Idem, p. 247.

<sup>62</sup> “Compliance é uma palavra de língua inglesa derivada do verbo *to comply*, o qual significa cumprir, obedecer ou realizar uma ação imposta. Não existe na língua portuguesa uma palavra correspondente, mas uma tradução aproximada poderia se reportar às expressões observância, conformidade e submissão. Pode-se dizer, assim, que “compliance” guarda pertinência com o ajustamento das condutas das pessoas envolvidas nas leis, de modo geral, e nas regras estabelecidas dentro de uma empresa. [...] Em outras palavras: trata-se de um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de regulação, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades que, pela efetiva aplicação dos códigos de conduta e das políticas e diretrizes da organização, objetivam *prevenir, detectar e corrigir* desvios, fraudes, irregularidades e quaisquer outros atos ilícitos praticados contra a própria pessoa jurídica e/ou contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. O que se busca é prevenir e minimizar os riscos das atividades exercidas pelas organizações através do cumprimento de todas as regras, das leis, dos procedimentos, dos regulamentos e dos controles a cada empresa está sujeita, partindo dos regramentos impostos pelas agências reguladoras do governo, passando pelas regras contábeis, tributárias e ambientais, até à observância completa e total da legislação anticorrupção em vigor no país.”. (ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*, Belo Horizonte : Fórum, 2019, p. 369-370); “Se denominan *compliance* las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen.” (KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal In KUHLEN*, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina [coords]. *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 51); “O termo compliance origina-se do verbo em inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. Compliance é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal.” (MANZI, Vanessa Alessi. op. cit., p. 15); “Compliance é um substantivo que significa concordância com o que é ordenado; compliant é aquele que concorda com alguma coisa, e to comply with significa obedecer. Essa explicação, em si, não diz muito. A acepção que interessa ao tema em estudo é a que remete à ideia de cumprimento normativo.” (VERÍSSIMO, Carla. *Compliance : incentivo à adoção de medidas anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90). Também pode ser destacado o texto da International Organization for Standardization – ISO 37.301:2021 (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO37301: Compliance management systems - Guidelines*. Genebra, 2021). Da mesma organização, é a norma 37001:2016 “especifica requisitos e fornece orientações para o estabelecimento, implementação, manutenção, análise crítica e melhoria de um sistema de gestão antissuborno.” e prevê ainda expressamente a “função de *compliance* antissuborno” responsável por implementar e supervisionar o sistema de gestão antissuborno. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO 37001: Sistemas de gestão antissuborno – requisitos com orientações para uso*, Rio de Janeiro, 2017). Inclusive, antes mesmo da origem inglesa, já era possível identificar no termo em latim *complere* o seu significado ligado à ideia de alguém cumprir com o que foi solicitado ou e atuar em plena concordância com as normas, regras, prescrições, condições. (CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Liberars, 2015, p. 37); “O *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.” (BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. op. cit., p. 39).

<sup>63</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO37301: Compliance management systems - Guidelines*. Genebra, 2021.

todas as obrigações que a organização precisa cumprir e aquelas que a organização voluntariamente opta por cumprir<sup>64</sup>.

As práticas de compliance seriam aquelas vocacionadas a assegurar que o particular esteja de acordo, em conformidade ou em pleno ajuste com as normas que regem sua atividade, principalmente se essa for de ordem econômica. Não se ignora uma certa ideia polissêmica do uso contextual do termo<sup>65</sup>, mas a ideia geral é buscar o respeito, a integridade, a adequação, o ajuste e o mais perfeito reflexo entre o que determina o ordenamento jurídico e o que é feito pelo particular. É buscar a promoção de um ecossistema real vocacionado a promover a conformidade. Na referida ótica histórica e contextual, é a determinação jurídica (por meio de sanções ou benefícios<sup>66</sup>) para que o particular adote as melhores práticas preventivas da ocorrência da ilicitude (desconformidade concreta com o ordenamento jurídico) e de correção após sua verificação (inclusive, para fins preventivos em relação a próximos desajustes da mesma natureza)<sup>67</sup>. Dessa forma, *compliant* é aquele que está em plena conformidade ou ajuste. Ao contrário, os riscos relacionados ao compliance são aqueles prejuízos em potencial que decorrem da inexistência de medidas aptas a assegurar a conformidade ou das sanções pelas ilegalidades não evitadas. Tem por finalidades, portanto,

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> “Compliance vem do verbo em inglês ‘to comply’, que significa ‘cumprir’, ‘satisfazer’, ‘realizar o que lhe foi imposto’, ou seja, *compliance* é estar em conformidade, é o deve de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição. ‘Ser *compliance*’ é conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir o quanto é fundamental a ética e a idoneidade em todas as atitudes humanas e empresariais. ‘Estar em *compliance*’ é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos’. ‘Ser e estar em *compliance*’ é, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro da instituição. “Risco de *compliance*” é o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta... Entretanto, o conceito de ‘*compliance*’ vai além das barreiras legais e regulamentares, incorporando princípios de integridade e conduta ética.” (BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*, 2. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2018, p. 17).

<sup>66</sup> É o que se verá no estudo da Lei nº 12.846/2013 e respectivo decreto regulamentador no próximo item, em que a existência de um programa de integridade perfaz benefício legal de redução de sanção.

<sup>67</sup> Na perspectiva criminal, o compliance apresenta, inclusive, relação com a finalidade preventiva da pena: “É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de compliance não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros. Ao lado disso, no entanto, também gera novos problemas de atribuição de autoria criminal.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo : Saraiva, 2017, p. 255).

evitar que os riscos em potencial resultem em prejuízos concretos, seja de ordem jurídico-sancionatória ou reputacional<sup>68</sup>.

Com efeito, a partir dessas ideias preliminares e não exaustivas, e muito além de um conceito vinculado apenas a origem terminológica, é possível compreender compliance como uma ideia ou um conjunto de atos em procedimento vocacionados a promover constantemente o pleno ajuste de comportamento das pessoas jurídicas e seus colaboradores aos deveres normativos, prevenindo riscos de produção de ilegalidades e de responsabilização administrativa, civil e criminal, bem como de prejuízos à imagem, reputação, marca e nome dos envolvidos na atividade.

E esse fenômeno, embora pareça ter por característica a amplitude e sem perder sua essência conceitual, por vezes se manifesta de forma mais específica ou detalhada a depender, notadamente, do foco de ajuste comportamental aos deveres normativos e na área em que esses deveres estão epistemologicamente alocados. Essa manifestação mais específica normalmente é identificada pela aposição de adjetivações após o próprio termo “compliance”, mas, ao final de contas, todas derivam da mesma essência e lógica de conformidade.

Assim, isso parece se aplicar, por exemplo, ao chamado compliance criminal. O acréscimo da expressão “criminal” agrega à conformidade a ideia de ser entendida como o conjunto de atos e procedimentos vocacionados a manter a conformidade com as normas de índole penal e processual penal, bem como permitir sua melhor aplicação, na compreensão mais ampla ideia.

Além disso, considerando que o compliance se dá em um contexto histórico de intervenção do Estado na economia, e, por consequência, de criminalidade econômica, com a transferência para o particular da tarefa de evitar a ocorrência de ilícitos penais, parece que o compliance criminal também deve ser compreendido dentro do que pode ser chamado de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico que será objeto dos terceiro e quarto capítulos dessa pesquisa, mas cuja menção desde já parece se justificar pelos fins conceituais propostos.

---

<sup>68</sup> “Mais do que evitar a criminalidade empresarial, o *compliance* corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa. A finalidade do *compliance* é a aplicação de normas jurídicas e outras diretivas definidas para a empresa e, através delas, cumprir o direito vigente e evitar prejuízos para a empresa, seus órgãos e empregados. Assim, sendo praticado algum crime no ambiente empresarial, programas de *compliance* efetivos aumentarão as chances de que a própria empresa o detecte, possibilitando a investigação e a remediação interna do dano eventualmente causado.” (FORIGO, Camila Rodrigues. op. cit., p. 34-35).

Também como exemplo, tem-se o compliance digital. Justamente o acréscimo da expressão “digital”, parece resultar na compreensão da tarefa de conformidade de forma imersa em uma realidade revestida pelas tecnologias da informação e pelas características da sociedade da informação e da quarta revolução industrial, com as normas jurídicas respectivas, bem como desafios e benefícios delas decorrentes. Ora os meios digitais como instrumentos da tarefa de conformidade, ora como objetos específicos de preocupação e de busca de ajuste ao sistema normativo.

### **1.3 A Lei nº 12.846 de 2013 e o Decreto Regulamentador nº 8.420 de 2015**

Como dito, a Lei nº 12.846 de 2013 conhecida como Lei da Integridade Empresarial, Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa foi promulgada para suprir verdadeira lacuna de cumprimento das Convenções da OEA, OCDE e ONU internalizadas pelo Brasil. Como um dos grandes marcos legislativos do compliance no País, talvez o maior, seu estudo nessa pesquisa é fundamental, assim como do Decreto nº 8.420 de 2015 vocacionado a regulamentá-la em âmbito federal. A ideia nesse item é tentar apresentar suas principais estruturas normativas e características. Com isso se espera que não só tais diplomas sejam compreendidos, mas que sejam postas e compreendidas as respectivas bases racionais relevantes para o desenvolvimento da pesquisa.

Pois bem. Em sua ementa, como era de se esperar, a Lei pontua seu objeto como sendo “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira”<sup>69</sup>. Seu art. 1º vai além e assinala que a responsabilização será objetiva e que se aplica a toda e qualquer formatação empresarial de pessoa jurídica<sup>70</sup>. Na sequência, o seu art. 2º reafirma a natureza objetiva da responsabilização, sinalizando que essa será caracterizada se verificada a prática de atos lesivos contra a Administração Pública e que esses sejam em benefício da pessoa jurídica

---

<sup>69</sup> BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.

<sup>70</sup> “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.” (BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.).

exclusivamente, ou não<sup>71</sup>. Basta, assim, que estejam presentes o nexo causal entre a postura (comissiva ou omissiva) da pessoa jurídica e o ato lesivo à Administração Pública, independentemente, portanto, de qualquer verificação de culpa por parte da pessoa jurídica. A opção do legislador, nesse sentido, foi justamente evitar que as dificuldades da comprovação da culpa da pessoa jurídica e suas diversas possibilidades de entendimento dogmático<sup>72</sup> e prático relativizasse a força sancionatória da lei<sup>73-74</sup>. Isso é perceptível, inclusive, da própria Exposição de Motivos do Anteprojeto da Lei<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.” (BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.).

<sup>72</sup> A esse respeito e precisamente na ótica penal, mas cuja dificuldade de definição dogmática nesse ponto também parece se aplicar, ver BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2014, 207 f., Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2014.

<sup>73</sup> “O ordenamento jurídico brasileiro sempre adotou a *responsabilidade subjetiva* como regra, de modo a garantir que qualquer pessoa física ou jurídica fosse responsabilizada pelos prejuízos causados a terceiros somente a partir da comprovação de dolo ou culpa. É nesse sentido, inclusive, a previsão do art. 186 do Código Civil vigente [...] Entretanto, com o passar do tempo, observou-se que esse modelo de responsabilização, baseado exclusivamente na culpa *lato sensu*, não era mais suficiente para solucionar com justiça todos os casos existentes, pois uma série de litígios contemporâneos passou a gerar, por sua própria natureza, um grande desequilíbrio na relação jurídica de direito material. A urbanização e industrialização de todos os países criaram uma *sociedade de massas*, na qual os meios de comunicação, de transporte, de produção e de consumo operaram numa escala macrodimensionada [...]. Na busca da realização da justiça substantiva e concreta e da restauração do equilíbrio social rompido, o Código Civil de 2002 ajustou-se à evolução do sistema de responsabilização e avançou em relação ao de 1916 para conferir uma proteção qualitativamente diferenciada em relação às vítimas, prevendo, excepcionalmente, a *responsabilidade objetiva* [...].” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 428-429).

<sup>74</sup> “A responsabilidade objetiva é aquela em que não se perquire sobre a culpa do agente, bastando o nexo entre a conduta e o resultado lesivo. Se um agente de um delito será ou não unido vai depender da forma de sua responsabilização, seja ela objetiva ou subjetiva (baseada na culpa). O legislador apostou na responsabilização objetiva justamente para evitar as dificuldades da comprovação de culpa das pessoas jurídicas e, com isso, aumentar a probabilidade de condenações.”. (VERÍSSIMO, Carla. op. cit., p. 201); “Buscando a eficiência na aplicação da norma se nota a simplificação dos elementos probatórios necessários para a punição – com a introdução da responsabilidade objetiva – e o contorno à discussão sobre a responsabilidade penal da empresa, com a adoção de uma lei civil e administrativa. [...] Logo em seu artigo inaugural, a Lei nº 12.846/2013 coloca seu ponto mais polêmico. A responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos previstos na Lei, trazida no primeiro artigo e repetida no seguinte traça o ponto mais marcante da Lei brasileira. Exceção em qualquer Direito Sancionatório, a objetivação da responsabilidade retira dos elementos condicionais à existência do delito e aplicação da pena a subjetividade, ou seja, a discussão sobre dolo ou culpa do agente sob julgamento. A regra geral do Direito Penal, paradigma de qualquer norma sancionadora e das demais disciplinas jurídicas de responsabilização é, como já afirmado, a responsabilidade subjetiva, modalidade de responsabilidade adotada pelo FCPA, restando aí o primeiro ponto de divergência entre os dois diplomas. [...] As justificativas para a adoção desse sistema de culpabilidade para as empresas não são difíceis de se aferir, podendo-se afirmar pelo menos uma de ordem prática e uma de ordem jurídica. Do ponto de vista prático é indubitável que tal previsão se deu para facilitar a condenação de pessoas jurídicas pelos atos previstos, uma vez que, ao retirar-se a discussão sobre culpabilidade, retira-se também o maior obstáculo probatório de qualquer procedimento sancionatório.” (SORÉ, Rafael Rodrigues. op. cit., p. 99-100).

<sup>75</sup> “Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais.”. (SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES. op. cit.).

Embora existam entendimentos diferentes<sup>76</sup>, a lei é clara ao estabelecer que a responsabilização é administrativa e civil, e não penal. Isso não só é verificável do próprio texto da lei, como seu anteprojeto assim deixa claro:

10. Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade. 11. Veja-se que a responsabilização de pessoas jurídicas na esfera administrativa não é novidade em nosso sistema jurídico. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, vem sendo aplicada de forma exitosa por meio da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na repressão das infrações contra a ordem econômica. Importante destacar que os bons resultados apresentados por esse Sistema informam a redação de dispositivos da presente proposta legislativa, como os parâmetros monetários para a fixação da multa. 12. Outrossim, embora a sistemática de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas já exista na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as hipóteses de atos lesivos praticados em licitações e contratos administrativos, aquela legislação possui ainda lacunas que urgem ser supridas. As duas principais lacunas referem-se à previsão das condutas e às sanções. As condutas mais graves são tratadas apenas na seção sobre crimes da Lei nº 8.666, de 1993, a qual não se aplica à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito, e as sanções aplicáveis à empresa no âmbito da Lei de Licitações não atingem de modo eficaz o seu patrimônio, nem geram o efetivo ressarcimento dos danos causados à Administração Pública. 13. Outro importante diploma legislativo que pode ser aplicado contra condutas lesivas praticadas contra a Administração Pública seria a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, em sua disciplina, a responsabilização da pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação gera com relação às pessoas jurídicas.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> A exemplo, Modesto Carvalhosa entende que a lei atua na seara do Direito Penal-Administrativo, com a adoção da teoria da imputação objetiva da responsabilização penal (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 37). No mesmo sentido: “A referida lei, que tem como relação jurídico-material muito mais caráter penal-administrativo do que de direito administrativo sancionador, ou mesmo natureza jurídica civil-administrativa, tendo em vista que os atos ilícitos descritos na Lei constituem efetivas condutas criminosas, além da denominada ‘responsabilidade judicial’ ser de competência do Judiciário e não de autoridade administrativa.” (FREITAS JÚNIOR, Dorival de. *A responsabilidade da pessoa jurídica na lei anticorrupção*, 2017, 279 f., Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2017, p. 79)

<sup>77</sup> SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES. op. cit. Nesse sentido, também é o Parecer da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.261/DF em que se questiona a constitucionalidade da Lei nº 12.846/2013 sob o argumento de que a norma viola as disposições constitucionais de não transcendência da pena e do devido processo legal: “Segundo o requerente, a Lei 12.846/2013, ao

Não se ignora que ela apresenta alguns elementos estruturantes similares a leis penais<sup>78</sup>, mas ainda assim, por sinalização clara do legislador, a lei integra o direito administrativo-sancionador. A própria escolha pela responsabilidade objetiva também leva a essa conclusão, pois é formatação de responsabilidade não cabível no modelo penal constitucional<sup>79</sup>.

Ainda no âmbito da responsabilização, interessante indicar que a lei põe a salvo e separa a responsabilidade das pessoas naturais ou físicas que tenham participação comissiva ou omissiva nos atos ilícitos, o que será apurado na compreensão correta das respectivas culpabilidades<sup>80</sup>. Afasta-se, nesse ponto e no âmbito da própria responsabilidade administrativa e civil, a necessidade da dupla imputação ou da heterorresponsabilidade. Quer dizer, a pessoa jurídica é responsável independentemente da responsabilização concreta das pessoas naturais envolvidas.

Na sequência, a Lei relaciona quais são as condutas que, se realizadas, fazem surgir o direito subjetivo do Estado de aplicar as sanções administrativas: os chamados atos lesivos à Administração Pública. São eles elencados no art. 5º da Lei<sup>81</sup> e mais uma vez indicam a

determinar que pessoas jurídicas sejam responsabilizadas objetivamente por danos causados ao patrimônio público, decorrentes de atos ilícitos, ofende o princípio da intranscendência das penas. A alegação, igualmente, não merece prosperar. Intranscendência de penas guarda correlação com sanções de natureza criminal. A Lei 12.846/2013 impõe a pessoas jurídicas responsabilização, autônoma em relação à de seus dirigentes, de índole civil e administrativa [...]. (PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Parecer nº 395/2016-AsJConstitucional/PGR*, p. 27-28. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5261.pdf/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5261.pdf/at_download/file) Acesso em: 30.06.2019).

<sup>78</sup> Nesse sentido, é possível identificar, por exemplo, a estrutura de tipificação dos atos lesivos relacionada no art. 5º da Lei e respectivas sanções na norma.

<sup>79</sup> Há quem defendia, como Carla Veríssimo (op. cit., p. 192), que seria constitucional a escolha do legislador pela responsabilidade penal da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública. No entanto, não parece ser essa a leitura mais correta do ponto de vista dogmático. Como será melhor analisado no Capítulo 2 da pesquisa, a Constituição Federal apenas admite a responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais (art. 225, §3º) e nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, §5º). Assim, salvo as condutas criminais que ataquem o Estado no âmbito de sua atuação fiscalizatória nessas searas, não parece haver abertura constitucional para a criminalização por lei ordinária de atos lesivos contra a Administração Pública. Lembra-se que a possibilidade de responsabilização penal é exceção, cabendo-lhe uma interpretação restritiva do respectivo cardápio de possibilidades.

<sup>80</sup> “Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.” (BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.).

<sup>81</sup> “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II -

propensão do texto legal em facilitar a comprovação da postura da pessoa jurídica, na tentativa de evitar percalços concretos e de apuração à efetiva responsabilidade. É por isso que não só posturas cujos verbos típicos indicam a existência de um efetivo prejuízo à Administração ou da obtenção do benefício ilícito são previstas, bem como outras que perfazem a tentativa de que isso ocorra ou que, de alguma forma, representam um dos passos para o ato lesivo<sup>82</sup>.

Nesse ponto, inclusive, parece haver a manifestação do fenômeno que pode ser entendido como de antecipação da tutela administrativa sancionatória, na linha do reconhecimento da antecipação da tutela penal e tipificação de crimes de perigo, melhor analisados no capítulo 3 da pesquisa como técnica característica da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico. No Direito Penal, antecipa-se a tutela penal, tipificando o risco, na tentativa de se evitar o resultado naturalístico danoso aos bens jurídicos. O que a Lei nº 12.846/2013

comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.” (BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. op. cit.).

<sup>82</sup> “Para a análise do conceito de ‘resultado tipificado’, demanda-se um pouco mais de reflexão para uma correta compreensão da normativa brasileira em análise, uma vez serem eles as proibições apenadas pela Lei nº 12.846/2013. O artigo 5º do diploma aponta justamente esses ditos resultados, mesmo que muitos deles pareçam muito mais uma descrição de condutas do que propriamente de efeitos causados por uma conduta qualquer. Trata-se de delitos de mera conduta, ou seja, delitos aperfeiçoados independentemente do resultado obtido, estado aí outra relevante característica deste diploma, a qual busca novamente facilitar a comprovação e consequente punição dos delitos que prevê. [...] Nota-se, assim, por exemplo, que a mera promessa ou oferta de vantagem indevida a agente público já se consubstancia em infração consumada da Lei nº 12.846/2013, pouco interessando se vai esse agente aceitar ou agir contra algum dever funcional por conta de tal vantagem, bastando para a punição a simples comprovação da oferta. Isso não significa, em absoluto, que inexista nesta sistemática o elemento ‘resultado’ de que falávamos em epígrafe, mas somente que este não é naturalístico e sim normativo, ou seja, o resultado que deve ser levado em conta para a aplicação da Lei é a mera prática de conduta proibida pelo diploma legal, sendo que essas condutas traduzem-se, na visão do legislador, em um incremento intolerável do risco de ocorrência de resultado naturalístico subjacente – no caso, a efetiva corrupção.” (SORÉ, Raphael Rodrigues. op. cit., p. 105-107).

parece fazer é justamente antecipar a sanção administrativa em posturas da pessoa jurídica ou de seus colaboradores que geram o risco de prejuízo à Administração Pública, na tentativa ou proposta de se evitar o resultado lesivo, qual seja, a corrupção em si considerada. Algo como, infrações administrativas de perigo. Mais um ponto que parece sinalizar o diálogo das questões desse trabalho, renovando a justificativa de unificação temática da pesquisa, vez que parece haver coerência nas motivações e contextos que pautam a antecipação da sanção<sup>83</sup>. Parece demonstrar e exemplificar também a influência que as características da sociedade do risco exercem nas instituições jurídicas.

Tem-se, assim, qual a formatação da responsabilidade da pessoa jurídica e quais atos ilícitos dão ensejo às respectivas sanções. Os dispositivos legais subsequentes são vocacionados a sinalizar quais sanções são cabíveis e como suas aplicações serão proceduralizadas.

No art. 6º, prevê as sanções administrativas cabíveis: multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo em que a infração é apurada, e em valor nunca inferior à vantagem auferida, quando essa puder ser estimada; e a publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória<sup>84</sup>. As sanções podem ser aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa, e além disso fica a pessoa jurídica responsável por reparar o dano causado. No caso da multa, caso o faturamento bruto não possa ser usado como critério, a multa respeitará o valor mínimo de R\$ 6.000,00 e o valor máximo de R\$ 60.000.000,00<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> A questão, como sinalizado, é analisada no Capítulo 2.

<sup>84</sup> A publicização se dá primordialmente por meio do Cadastro Nacional de Empresas Punitas – CNEP, vinculado à Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 22 da Lei: “Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punitas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei. §1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas. §2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; II - tipo de sanção; e III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso. §3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo. §4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no §3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento. §5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.” (BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.)

<sup>85</sup> “Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte

São sanções muito significativas e importantes do ponto de vista financeiro e, sobretudo, reputacional que justificam a preocupação sensível das empresas no País com a tarefa de conformidade após a promulgação da Lei. Em outra perspectiva, essas mesmas sanções legais parecem representar, no ponto de vista prático, a mencionada transferência histórica para o particular da tarefa de evitar a ocorrência de ilícitos, sancionando-o em caso de falha nessa tarefa. As sanções, assim, representam a repressão estatal ao particular que não evita o ilícito. Para a lei, as falhas nessa tarefa parecem ser justamente os atos lesivos à Administração Pública prevista na própria lei.

Nesse ponto, surge com relevância o Decreto nº 8.420/2015 que regulamenta em âmbito federal a responsabilização administrativa posta na Lei nº 12.846/2013. Em linhas gerais, dispõe sobre o procedimento do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, com destaque para a atuação da Controladoria-Geral da União – CGU na instauração, apuração e julgamento do processo (arts. 2º a 14), sobre os critérios e cálculos atrelados à multa aplicável (arts. 17 a 23), sobre a sanção de publicação extraordinária da decisão sancionadora (art. 24), sobre o acordo de leniência (arts. 28 a 40), sobre os programas de integridade ou compliance (arts. 41 e 42) e sobre o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e do Cadastro Nacional de Empresas Punitas – CNEP (arts. 43 a 48)<sup>86-87</sup>.

por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. §1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. §2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. §3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. §4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). §5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.” (BRASIL. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. op. cit.).

<sup>86</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015*, op. cit.

<sup>87</sup> É interessante notar como essa dinâmica tem sido replicado em outros modelos legislativos que prezam pela conformidade, demonstrando o quanto as tecnologias da informação propõem novos padrões de operacionalização. É o caso, por exemplo, da Lei nº 13.709/2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD que em seu art. 52 relaciona sanções às pessoas jurídicas que violem os seus preceitos de proteção de dados pessoais, dentre elas, a multa de até 2% do faturamento no seu último exercício, limitada ao teto de R\$ 50.000.000,00, por infração, e a publicização da violação legal. Apenas as falhas do particular na melhor gestão dos dados pessoais caracterizadas como violação dos preceitos da própria LGPD são as que justificam a sanção do Estado, seja pela participação do particular no ilícito ou por não tê-lo evitado. É o que se observa do próprio texto do art. 52, em relação clara de causa e consequência: “em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções”.

Na sequência, traz o art. 7º da Lei nº 12.846/2013 os critérios que serão levados em consideração na aplicação das sanções: a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida, a consumação ou não da infração, o grau de lesão à Administração Pública ou o perigo gerado, o efeito negativo produzido, a situação econômica do responsável, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica – os chamados programas de compliance e a respectiva avaliação de efetividade concreta (na expressão estrita adotada) – e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com a Administração Pública prejudicada ou ameaçada de prejuízo com o ato lesivo. Somam-se a esses critérios, aqueles previstos no Decreto nº 8.420/2015 relativos ao cálculo do próprio valor da multa<sup>88-89</sup>.

Parece ser possível classificar os critérios em ao menos três grupos. Um primeiro formado pelas balizas relacionadas ao próprio ato lesivo (gravidade da infração, respectiva vantagem auferida ou pretendida, consumação ou não, lesão ou perigo provocados, efeitos negativos decorrentes e o valor dos contratos relacionados). Um segundo relativo à própria situação econômica da pessoa jurídica, que, em verdade, já é implicitamente observado, por exemplo, no momento em que a Lei associa a multa ao faturamento do infrator. E um terceiro grupo relacionado ao que pode ser entendido como uma postura positiva da organização relacionada à tarefa de conformidade que lhe é transferida, seja em uma postura prévia (existência de programas de compliance efetivos), seja em uma postura posterior a identificação das possíveis infrações (cooperação da própria pessoa jurídica na apuração e celebração de acordo de leniência)<sup>90</sup>.

É preciso dizer que não há classificações corretas ou incorretas, mas úteis e inúteis. Classificar um objeto de compreensão racional parece só ser interessante, sobretudo do ponto de vista acadêmico, se a tarefa de categorização justificar ou permitir a melhor compreensão

<sup>88</sup> BRASIL. Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015, op. cit.

<sup>89</sup> Sobre o cálculo da multa, cumpre citar, também, a Instrução Normativa nº 1/2015 da CGU (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução normativa nº 1, de 7 de abril de 2015*. Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in\\_cgu\\_01\\_2015.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf) Acesso em: 03.07.2019) e o Manual Prático de Cálculo da Multa do mesmo órgão (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual prático de cálculo da multa*. Disponível em: [@download/file/Manual%20Pr%C3%A1tico%20de%20C%C3%A1lculo%20da%20Multa.pdf](https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/manual-pratico-de-calcular-da-multa.pdf) Acesso em: 03.07.2019).

<sup>90</sup> Art. 16, §2º, da Lei nº 12.846/2013 e art. 23 do Decreto nº 8.420/2015.

do objeto. Nisso parece residir sua utilidade. Entender os critérios para as aplicações das sanções tem uma perspectiva verdadeiramente estratégica, destacadamente em relação ao último grupo. Quer-se dizer com isso que a existência de programas de compliance efetivos, em regra geral<sup>91</sup>, é verdadeiro ponto positivo e importante para a pessoa jurídica, não só para evitar de forma preventiva que as ilegalidades ocorram, mas para ser usado em seu benefício no momento da apuração e aplicação da sanção, em que tais programas serão avaliados. Destacadamente, o Decreto nº 8.420/2015, em seu art. 18, V, indica a subtração de 1 a 4% do faturamento bruto para fins do cálculo da multa se a “pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade”<sup>92-93</sup>. Pretende-se estudar outras questões sobre o programa de compliance em ponto específico ainda nesse primeiro capítulo.

Procurou-se, assim, estudar os principais aspectos da Lei nº 12.846/2013 e do Decreto nº 8.420/2015 que são diplomas importantíssimos para a pesquisa desenvolvida, sem prejuízo, da análise específica de outros pontos ao longo do trabalho, em especial, do programa de integridade.

#### **1.4 O fenômeno do compliance nos países do MERCOSUL**

---

<sup>91</sup> Fala-se em regra, pois, por exemplo, a depender da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica pode existir normas setoriais específicas que tratem da questão de forma diferente. A exemplo, é o caso da Resolução nº 4.595/2017 do Banco Central aplicável às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pela entidade, com exceção às administradoras de consórcio e às instituições de pagamento. Segundo essa Resolução, implementar e manter uma política de conformidade ou compliance é verdadeiro dever das instituições: “Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem implementar e manter política de conformidade compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, de forma a assegurar o efetivo gerenciamento do seu risco de conformidade. Parágrafo único. O risco de conformidade deve ser gerenciado de forma integrada com os demais riscos incorridos pela instituição, nos termos da regulamentação específica.”. Nesse caso, assim, o programa de integridade em vez de não obrigatório e benéfico no cálculo da sanção, é verdadeiramente obrigatório (BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017*. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/150427/Res\\_4595\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/150427/Res_4595_v1_O.pdf) Acesso em: 03.07.2019).

<sup>92</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015*, op. cit.

<sup>93</sup> Mais uma vez, a LGPD reflete, na ótica mais específica do compliance digital, o mesmo fenômeno de previsão e categorização de critérios que balizam a aplicação das sanções, sinalizando e reforçando o acolhimento de tal modelo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, tem-se um primeiro grupo relacionado à própria infração (gravidade e natureza da infração, vantagem auferida ou pretendida, a reincidência, grau do dano, a proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção), um segundo grupo relacionado à situação da pessoa que trata os dados pessoais vinculada à infração legal (boa-fé do infrator e sua condição econômica) e um terceiro grupo caracterizado pela postura positiva de quem trata os dados, seja prévia (adoção reiterada e demonstrada de programas de compliance digital e de políticas de boas práticas e governança), sejam posteriores (cooperação e a pronta adoção de medidas corretivas).

Também na sequência da proposta de mapear a questão, parece ser igualmente importante para esse primeiro capítulo da pesquisa fazer breve referência de como o compliance tem sido juridicamente tratado nos demais países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

Sem prejuízo das referências já feitas aos principais documentos internacionais<sup>94</sup>, também parece relevante a menção dos principais diplomas jurídicos dos demais países do Bloco em que o Brasil está inserido. Ora, se a temática envolve elementos de direcionamento econômico e a própria intervenção jurídica nessa seara, nada parece ser mais coerente do analisar a questão em países de situações socioeconômicas similares, ainda que de forma bem genérica, até para entendimento do grau de evolução da matéria no Brasil. Nessa perspectiva e com as comparações pertinentes, esse tópico pretende analisar o tema também na Argentina, no Uruguai e no Paraguai, considerando que a Venezuela está suspensa na sua condição de parte do Bloco e a Bolívia ainda se encontra em processo de adesão.

Na Argentina, as principais regulações relacionadas ao compliance são relacionadas às atividades de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo, bancárias, do mercado de ações e de seguros<sup>95</sup>. Com relação à corrupção, destaca-se o Código Penal argentino que veda, mediante tipificação penal, o ato de oferecer ou dar presentes a funcionários públicos, com a intenção de corromper, para que esse faça, retarde ou deixe de fazer algo relacionado às suas funções públicas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por atos dessa natureza não é prevista<sup>96</sup>.

Também se destaca a Lei nº 25.246 de 2000 que versa sobre *Encubrimiento y Lavado de Activos*<sup>97</sup> de *Origen Delictivo y la Financiación del Terrorismo*<sup>98</sup>, alterou o Código Penal

<sup>94</sup> Ver item 1.2 da pesquisa.

<sup>95</sup> ESPELTA, Pedro H. Serrano [et. al]. *Práctica de compliance en Latinoamérica* : estado actual de la legislación anticorrupción y otras, Bogotá : Brigard & Urrutia Abogados, 2015, p. 17.

<sup>96</sup> Idem, p. 21.

<sup>97</sup> A ideia do ordenamento jurídico argentino sobre o *lavado de activos* pode ser extraída da tipificação penal do art. 303 do Código Penal do mesmo país, segundo o qual: “Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.” (ARGENTINA. Ley nº 11.179 de 1984. Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#27>. Acesso em: 04.08.2019).

<sup>98</sup> ARGENTINA. Ley nº 25.246 de 5 de mayo de 2000. Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera. Deber de informar. Sujetos obligados. Régimen Penal Administrativo.

Argentino, criou a Unidad de Información Financeira – UIF<sup>99</sup> e elencou em seu texto (art. 20) quem seriam as pessoas obrigadas a informar à UIF, sobre as atividades potencialmente suspeitas de prática de lavagem de dinheiro. Importância para fins de compliance, é que essas mesmas pessoas deverão designar um *oficial de cumplimiento*, quer dizer, um compliance officer – CO (art. 20 bis) e ficam sujeitas a uma série de obrigações em relação à identificação dos seus clientes e das respectivas atividades (art. 21 bis), cuja estruturação passa pela implementação de um programa de integridade<sup>100</sup>, podendo a pessoa jurídica ser sancionada em regime penal administrativo pela ausência de efetividade na adoção de medidas aptas a evitar o ilícito ou por descumprir as obrigações em relação à UIF (arts. 23 e 24).

Destaca-se também, na perspectiva da criminalidade econômica, a Lei nº 27.401 de 2017<sup>101</sup> que versa sobre o regime de responsabilidade penal da pessoa jurídica com um rol taxativo dos crimes em que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada (art. 1º), desde que esses tenham sido direta ou indiretamente realizados com sua intervenção ou em seu nome, interesse ou benefício (art. 2º). Interesse notar a previsão do art. 6º, segundo o qual a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada mesmo se não for possível identificar ou julgar a pessoa natural responsável, em adoção ao modelo misto de responsabilização, penalizando o defeito de organização e a verificação concreta de um programa de integridade efetivo. Portanto, que ao menos indiretamente a existência de um programa de integridade pode ser considerada como uma exigência legal, sob pena de responsabilidade penal da pessoa jurídica. *A contrario sensu*, o que se quer dizer é que, aparentemente, na existência de um programa de integridade efetivo, salvo se identificada ou julgada a pessoa natural responsável em concurso com a pessoa jurídica, essa não poderá ser responsabilizada.

Na mesma lei, também é relevante notar a previsão de sanções penais às pessoas jurídicas (art. 7º), sendo a estruturação interna das empresas consideradas na graduação da sanção imposta (art. 8º). Ainda, em seu art. 9º, há a previsão da isenção de pena se a pessoa

<sup>99</sup> Ministerio Público Fiscal. Derógase el artículo 25 de la Ley 23.737. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

<sup>100</sup> A Unidad de Información Financeira – UIF tem por vocação legal a análise, tratamento e transmissão de informações que objetivem prevenir ou evitar os crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo (arts. 5º e 6º da Lei Argentina nº 25.246/2000). A UIF, a partir do recebimento das informações dos sujeitos elencados no art. 20 poderá identificar situação de movimentação financeira atípica apta a configurar um fato ou operação suspeita, de lavagem de dinheiro ou de financiamento ao terrorismo (art. 20 bis).

<sup>101</sup> ESPELTA, Pedro H. Serrano [et. al]. op. cit., p. 23. Outros critérios para implementação do programa de integridade são apreendidos a partir de normas administrativas da própria UIF.

<sup>101</sup> ARGENTINA. Ley nº 27.401 de 8 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

jurídica, simultaneamente, (i) tiver denunciado um dos crimes do art. 1º após identificação e investigação interna; (ii) tiver implementado, antes da ocorrência do crime, um sistema de controle e supervisão adequado que, embora violado pelos autores do delito, esses só o fizeram em razão de considerável esforço para tanto; e (iii) tiver devolvido o benefício obtido com a prática criminosa. Observa-se, que semelhante à Lei brasileira nº 12.846 de 2013, a existência de um programa de integridade aparece, nesse ponto, como benefício de isenção de pena. Em leitura com o dito no parágrafo anterior, assim, se identificada ou julgada a pessoa natural responsável, não se cogitando da responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma isolada – da leitura do art. 6º da lei, mesmo assim é vantajosa a existência de um plano de integridade para fins de isenção da pena.

No mais, os arts. 22 e 23 disciplinam sobre a possibilidade das pessoas jurídicas estabelecerem o referido programa de integridade e qual seu conteúdo. Na sequência, apresenta outra faceta da previsão de tal programa na lei, agora de natureza puramente administrativa. Nos termos do art. 24, a existência de um programa de integridade é tida como condição necessária para que a empresa possa contratar com o Estado nacional<sup>102</sup>.

No Uruguai, semelhantemente à agenda do endereçamento da questão na Argentina, as regulações locais estão relacionadas à prevenção de lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, ao sistema bancário, ao mercado de ações e à atividade securitária<sup>103</sup>.

É de se destacar a Lei nº 19.574 de 2018 que atualizou a legislação sobre lavagem de dinheiro naquele país<sup>104</sup>. Há a estruturação administrativa dos órgãos de controle (arts. 1º a 11), com destaque para a *Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF*, vinculada ao Banco Central do Uruguai, que receberá as informações relacionadas às movimentações financeiras atípicas ou suspeitas de ilicitude. São obrigadas a prestar tais informações, as pessoas naturais e jurídicas sujeitas ao referido controle e que estão elencadas no art. 13, tais

<sup>102</sup> “Artículo 24.- Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4º del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.”.

<sup>103</sup> ESPELTA, Pedro H. Serrano [et. al]. op. cit., p. 299.

<sup>104</sup> URUGUAI. Ley nº 19.574 de 10 de janero de 2018. Actualizacion de la normativa vigente referida al lavado de activos. Ley integral contra el lavado de activos. Derogacion de artículos del Decreto Ley 14.294 y Leyes 17.835, 18.494, 18.914, y 19.149. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19574-2017>. Acesso em: 05.08.2019.

como casinos, imobiliárias, associações civis, etc. Essas mesmas pessoas, deverão definir e implementar políticas e procedimentos internos de integridade ou, na expressão muito interessante adotada pela Lei, de *debida diligencia* em relação aos seus clientes e às atividades que prestam (arts. 14 a 22). No mesmo sentido e com ainda mais detalhes é o Decreto nº 379 de 2018 que regulamenta a própria Lei, define juridicamente os sujeitos obrigados a prestar informação, cliente, risco e origem dos recursos, e detalha como devem se dar as diligências do programa de integridade<sup>105</sup>.

O Paraguai, por sua vez, não apresenta estruturação jurídica no nível dos demais países do Bloco, embora também tenha internalizado a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA<sup>106</sup>. Além disso, leis locais a respeito incluem medidas preventivas e medidas aptas a identificar e sancionar atos de corrupção, porém não se exige do setor privado a existência de programas de integridade ou de profissionais vocacionados a dar cumprimento em relação à matéria<sup>107</sup>. Destaca-se, porém, a *Secretaría Nacional Anticorrupción – SENAC* como orgão técnico e de gestão que lidera a aplicação das políticas de transparência e de prevenção aos atos de corrupção<sup>108</sup>.

## **2 FUNDAMENTOS DO COMPLIANCE**

Na busca da melhor compreensão do compliance, o estudo das principais ideias que lhe dão fundamento de entendimento também parece importante nesse capítulo. É preciso ressaltar, porém, a ideia de compliance é um conceito polissêmico e em constante evolução e que reflete, em enorme medida, os contextos de sua verificação, a partir dos fenômenos culturais e das peculiaridades econômicas e relacionais analisadas.

Dito isso, em uma análise contemporânea do fenômeno, podem, hoje, ser identificadas algumas ideias ou pilares de cognição principais que, ao lado da sua evolução

<sup>105</sup> URUGUAI. *Decreto nº 379 de 20 de noviembre de 2018*. Reglamentación de la Ley 19.574 contra el lavado de activos. Disponível em: <https://www.inpo.com.uy/bases/decretos/379-2018>. Acesso em: 06.08.2019.

<sup>106</sup> PARAGUAI. *Ley nº 977 de 1996*. Disponível em: [http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Ley-977-1996-Que-Aprueba-la-Convencion-Interamericana-Contra-la-Corruption\\_wct0dltk.pdf](http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Ley-977-1996-Que-Aprueba-la-Convencion-Interamericana-Contra-la-Corruption_wct0dltk.pdf). Acesso em: 07.08.2019.

<sup>107</sup> ESPELTA, Pedro H. Serrano [et. al]. op. cit., p. 268-269.

<sup>108</sup> PARAGUAI. *Decreto nº 10.144 de 28 de noviembre de 2012*. Disponível em: [http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Decreto\\_N\\_10144\\_2012\\_Que%20crea%20la%20SENAC\\_zlx\\_cx93.pdf](http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Decreto_N_10144_2012_Que%20crea%20la%20SENAC_zlx_cx93.pdf). Acesso em: 07.08.2019. Tem como missão normativa: “Liderar la aplicación de políticas de transparencia de gestión y lucha contra la corrupción en todas las instituciones del Poder Ejecutivo, impulsando estrategias y mecanismos que garanticen la articulación de las instituciones del sector público y de actores sociales en el compromiso nacional de construir un país libre de corrupción. (art. 3º)”

histórica e da sua concepção de manutenção do estado de conformidade, auxiliam na compreensão de seu conteúdo. São eles: (i) autorregulação regulada; (ii) governança corporativa (e nela *accountability*; transparência; e *enforcement*); (iii) responsabilidade social e (iv) ética empresarial.

## 2.1 Autorregulação regulada

A ideia autorregulação regulada talvez seja a que mais concretize a noção, dita anteriormente, de transferência do Estado para o particular da tarefa de auxiliá-lo na prevenção de ilegalidades ou de práticas em desconformidade com o ordenamento legal. Como instrumento nessa tarefa cooperativa ou colaborativa de prevenção, o Estado se socorre do particular que o auxilia na elaboração de estruturas normativas<sup>109</sup>.

Também como já aventado anteriormente e bem pondera Ivó Coca Vila, essa transferência e a própria dinâmica de autorregulação tem por uma das razões a menor capacidade do Estado de regulamentar as complexas estruturas empresariais surgidas com o aumento da complexidade das estruturas sociais, com o desenvolvimento tecnológico – que propõe, repisa-se, novos comportamentos das estruturas sociais e com o processo de globalização<sup>110-111</sup>. São fenômenos que, nas palavras do autor, tornaram “absolutamente

<sup>109</sup> “Surge, então, uma nova estratégia de regular a atividade empresarial por meio da autorregulação, em que o poder público delega parte de sua função regulatória às próprias empresas e se utiliza delas para intervir de forma mais rigorosa e eficaz. Com isso, o Estado pretende influir sobre as empresas e criar estímulos para que se comportem de maneira desejada, tornando-se mais regulador e propiciando uma efetiva prevenção. Através da autorregulação regulada, o Estado, titular do poder regulatório, recorre aos agentes particulares para que colaborem na elaboração de corpos normativos. O Estado reorienta sua atuação por meio de um intervencionismo à distância, valendo-se da empresa para cumprir seus fins. Através da delegação de parte de sua função regulatória para as próprias empresas, o poder público não cede à titularidade dessa função, pois o ente privado age de forma subordinada aos interesses predeterminados pelo Estado. Porém, o fato de que as empresas conhecem melhor os particulares das técnicas e as especificidades da economia moderna, potencializa as devidas regulações jurídico-penais necessárias e torna esse sistema mais eficaz que a intervenção estatal.” (FORIGO, Camila Rodrigues. op. cit., p. 31).

<sup>110</sup> VILA, Ivó Coca. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva [dir.] FERNÁNDEZ, Raquel Montaner [coord.]. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona : Atelier Libros, 2013, p. 45-47. No mesmo sentido: “Más desde los años noventa del pasado siglo, tal como señala el título de una obra muy conocida de Ian Ayres y John Braithwaite, el debate ‘trasciende’ a la vieja polémica entre intervención y autorregulación. Ello se debe a un mundo luhmanianamente más complejo, en el que son ineficientes muchas de las técnicas clásicas de intervención. Aunque los términos globalización y sociedad del riesgo produzcan a estas alturas la sensación de cansancio que conllevan todos los tópicos, no puede desconocerse la existencia de un mundo tecnológicamente más complicado, en el que el saber se encuentra más en los centros de I+D de las empresas que en la administración que ha perdido, de este modo, su antigua autoridad técnica y con ella parte de su capacidad de regulación. E igualmente tampoco puede olvidarse que la globalización conlleva una disminución considerable de

inviáveis sistemas gerais de heterorregulação”, inclusive considerando a ausência de capacidade financeira do Estado para a implementação de mecanismos eficientes de regulação, supervisão e sanção<sup>112-113</sup>. Assim, como também coloca, estando o Estado incapaz de regular de fora e de forma genérica as empresas, a única solução plausível seria se valer dessas para cumprir seus objetivos, de modo que o fenômeno da autorregulação não se apresenta como resposta a uma intenção de desregulamentação, mas como uma melhoria qualitativa e quantitativa na própria intervenção estatal no domínio econômico, mais rigorosa, específica e eficiente:

Si la autorregulación es el resultado impecable de la necesaria evolución del modo en que el Estado regula el mundo empresarial, debemos preguntarnos entonces por qué razón se ha convenido que la pura heterorregulación no es suficiente ni adecuada, al menos con carácter general, para disciplinar de forma conveniente la actividad empresarial. La

---

la eficacia de los ordenamientos jurídicos nacionales. De la empresa fordista, que realiza toda su producción en un único territorio, se ha pasado a la empresa que deslocaliza y que se vale del forum shopping, que le suministra la liberalización de los mercados. Estos dos fenómenos han contribuido al aumento del poder de las corporaciones frente al Estado en todos los rincones del mundo. En este sentido hay quien habla incluso de un neocorporativismo en el que las empresas y no los individuos ocuparían el papel hegemónico en la sociedad, lo que no debe extrañarnos cuando se repara que de las cien economías más potentes del mundo son corporaciones. Como consecuencia de esta situación, sumariamente descrita, en las últimas dos décadas ha surgido un nuevo modelo de intervencionismo público que utiliza una nueva estrategia reguladora, la denominada *self regulation* o autorregulación regulada. Se trata de un “intervencionismo a distancia” basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su enforcement. Los ejemplos, como en seguida vamos a ver con más detenimiento, son muy numerosos, el moderno derecho del medio ambiente, el relativo a la protección de la salud de los trabajadores, consumidores, accionistas, inversores o las obligaciones administrativas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo descansan en la *self regulation*.” (NIETO, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. In *Política Criminal*, n. 5, 2008, p. 3-4. Disponível em: [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A\\_3\\_5.pdf](http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf) Acesso em: 17.08.2019).

<sup>111</sup> “As raízes da estratégia de autorregulação regulada, entretanto, são um pouco mais longas. A sua origem pode ir buscar-se já aos anos cinquenta do século anterior e à dificuldade evidenciada pelas agências reguladoras norte-americanas em fiscalizar a atividade das empresas, quer a nível interno quer no exterior. Deve-se a John Braithwaite ter desenvolvido o conceito de enforced-self-regulation, posteriormente aprofundado conjuntamente com Ian Ayres. É particularmente expressiva a imagem que aquele Autor utiliza, do barco e do seu piloto e remadores, para ilustrar a diferença entre a função do Estado liberal, keynesiano e regulador na sua feição mais recente, pelo que se refere ao controlo da atividade económica protagonizada pelas empresas: no novo Estado regulador, este dirige a embarcação e a sociedade rema, enquanto o Estado liberal deixava a esta as duas tarefas e o Estado interventor que se lhe seguiu se encarregava principalmente de remar, sendo menos eficiente a dirigir a embarcação.” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*, Coimbra : Almedina, 2019, p. 47-48).

<sup>112</sup> VILA, Ivó Coca. op. cit., p. 45-47.

<sup>113</sup> Tal alerta, de certa forma, já era apresentado por Adolf Berle Jr. e Gardiner Means: “The rise of the modern corporation has brought a concentration of economic power which can compete on equal terms with the modern state – economic power versus political power, each strong in its own field. The state seeks in some aspects to regulate the corporation, while the corporation, steadily becoming more powerful, makes every effort to avoid such regulation. Where its own interests are concerned, it even attempts to dominate the state. The future may see the economic organism, now typified by the corporation, not only on an equal plane with the state, but possibly even superseding it as the dominant form of social organization. The law of corporations, accordingly, might well be considered as a potential constitutional law for the new economic state, while business practice is increasingly assuming the aspect of economic statesmanship.” (BERLE JR, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York : The Macmillan Company, 1933, p. 357).

respuesta al uso es simple: el Estado ya no está en disposición de hacerlo, o al menos, de hacerlo en solitario. El progresivo y constante aumento de la complejidad social, de los niveles de tecnicificación y desarrollo tecnológico, sumado al avasallador proceso de globalización habrían despojado al Estado de la capacidad de regular de forma adecuada las estructuras empresariales. La especialización y la profesionalización por sectores de actividad, así como la complejidad de las estructuras organizativas y los correspondientes modelos de gestión haría absolutamente inviable sistemas generales de heterorregulación. A esta incapacidad, si se quiere, fáctica, se uniría además una profunda crisis del Estado social, de modo que éste ya no dispondría tampoco de la capacidad financiera para asumir los altos costes que los procesos de regulación, supervisión y sanción en ámbitos extremadamente complejo acarrean. En resumidas cuentas, el Estado ni tendría los recursos suficientes, ni sabría cómo hacerlo. [...] Así, la autorregulación no supondría una retirada del Estado, ni la admisión de la incapacidad de regular el mundo empresarial, sino, simplemente un cambio de rumbo en la estrategia reguladora. Si el Estado es incapaz de regular desde fuera las empresas, la única solución posible sería valerse de ellas para conseguir sus objetivos. Por paradójico que pueda parecer, la autorregulación no respondería a un impulso desregulador, sino muy al contrario, supondría una mejoría cualitativa y cuantitativa en la intervención estatal, en la medida en que el Estado podría lograr una regulación más rigurosa, específica y eficaz. El Estado ‘delegaría’ en parte su función regulatoria en las propias empresas, que contribuirían decididamente al proceso general regulatorio, sin que, como en toda delegación, el Estado cediera la titularidad de la función. Delegación que, además, no sólo no supondría una merma en el grado de legitimidad de las normas resultantes, sino que, por el contrario, conseguiría implicar en mayor medida a los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos generales, garantizando así una mayor eficacia y cohesión en la actividad legislativa y en la aplicación del Derecho.<sup>114</sup>

Autorregulação essa que se apresenta em três modelos: autorregulação pura ou voluntária, meta-regulação e a autorregulação regulada<sup>115</sup>. Assim, a primeira, a autorregulação pura ou voluntária se reconhece pelo próprio exercício das liberdades jurídicas pelo particular, ou seja, são as relações jurídicas que esse estabelece dentro de seu espaço legal de autonomia de vontade<sup>116</sup>. A segunda, a meta-regulação, se caracteriza pela disposição de princípios e

---

<sup>114</sup> VILA, Ivó Coca. op. cit., p. 45-47.

<sup>115</sup> Idem, p. 48-52.

<sup>116</sup> “La autorregulación pura es el resultado de la capacidad de un sujeto de auto-someterse a reglas determinadas. En este sentido, los contratos, convenios colectivos o estatutos, así como todas aquellas normas internas de sujetos y organizaciones privadas serán el resultado de procesos de autorregulación. Si se quiere, la noción de la autorregulación pura no hace sino entroncar directamente con el ejercicio de la ‘libertad negativa’ individual del ser humano y con la idea de la ‘auto-regulación’ como núcleo de la autonomía política y de la soberanía. Al igual que el ser humano, las empresas en el ejercicio de su autonomía podrían regularse como creyeren más conveniente, sin verse condicionados a agentes externos, siempre y cuando de la concreta configuración adoptada no se produjeran injerencias en las esferas de libertad ajenas. [...] La autorregulación pura hace referencia a aquellos supuestos en los que es la propia empresa la que se dota de un sistema de regulación interno, absolutamente al margen de los poderes públicos, esto es, sin que haya intervención pública alguna dirigida a fomentar, imponer o completar – directa o indirectamente – la autorregulación interna. La naturaleza de estos programas de autorregulación es diversa. Pueden consistir en meras catalogaciones de

valores mais abstratos pelo Estado, com a colocação de agendas e pautas no intuito de incentivar os particulares a se autorregularem das maneiras que acharem mais adequadas. O Estado se limita à apresentação de parâmetros meramente gerais, não regulando a atividade<sup>117</sup>. Por fim, a terceira, a autorregulação regulada se dá com a incorporação do particular ao próprio processo de regulação da atividade, mas de forma subordinada às determinações concretas e normativas do Estado. O particular, portanto, contribui diretamente com o Estado na formatação das estruturas ou corpos normativos<sup>118</sup>. O particular se autorregula, ou seja, regula sua própria atividade (autorregulação), mas não de qualquer forma, mas do modo endereçado e direcionado pelo Estado, como esse diz que tem de ser (regulada). Mais que incentivo (meta-regulação), se estabelece uma verdadeira simbiose normativa entre a estrutura normativa e jurídica estatal e a estrutura normativa particular que, embora assim o seja, é igualmente jurídica pois permitida, determinada e validada pelo Estado.

Observa-se, nessa perspectiva, que as formatações das três formas de autorregulação se dão em uma escala de inexistente participação estatal em relação ao que é regulado (autorregulação pura) à existência de dois formatos que contam com a participação do Estado, uma mais genérica, abstrata e incentivadora (meta-regulação) e uma mais decisiva, detalhada, específica e cooperativa (autorregulação regulada). Considerando evolução histórica relativa à intervenção no domínio econômico presente na pesquisa e referida em seu início, parece ser possível construir um paralelo de modo que essas três formas também acompanham essa linha

principios o estándares generales de actuación o contener concretos protocolos de actuación ante específicos riesgos propios de cada sector de actividad empresarial. En todo caso, el Estado permanece al margen, no sólo en la elaboración, sino también en la supervisión, y dado el caso, en la sanción.” (Idem, p. 48).

<sup>117</sup> “Cabría afirmar que por *meta-regulación* se alude el fenómeno normativo consistente en la determinación o condicionamiento, ya sea ex ante o ex post, de la actividad de autorregulación. Aquí, el Estado, condiciona lo normado internamente, ya sea estableciendo previamente una serie de pautas – generalmente a través de principios – a partir de las cuales será la propia empresa la que se autorregula, o bien otorgando incentivos a posteriori en aras a influir sobre lo interamente normado. [...] En procesos de *meta-regulación* es habitual recurrir a la fijación de parámetros mínimos mediante la enumeración de principios, de modo que el Estado presenta simplemente un marco general abstracto y ambiguo, respetando un amplio margen de discreción, para que cada empresa pueda concretarlos en el propio cuerpo normativo de la manera que estime más oportuna. En cualquier caso, lo interesante es aquí que el Estado no regula, sino que crea incentivos para que sean las propias empresas que lo hagan, siendo que, en ocasiones, además trata de condicionar esa normatividad interna a través de parámetros generales.” (Ibidem, p. 50-51).

<sup>118</sup> “El espectro de nuevos sistemas regulatórios se completaría con los modelos de autorregulación regulada (enforced self-regulation). La autorregulación regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizada por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado. Prescindiendo de las múltiples subdivisiones que en el seno de la autorregulación regulada se llevan a cabo, básicamente en función de su grado de vinculación y del mayor o menor papel que juega el Estado en todo el proceso, lo relevante aquí es que el Estado, titular de la potestad regulatoria, recurre a las empresas para que colaboren con él en la elaboración de cuerpos normativos.” (Ibidem, p. 51).

evolutiva. Em um primeiro momento, o Estado permite juridicamente a circulação de mercadorias, mas nessa não imiscui. Na sequência, trabalha com normas incentivadoras e de ordem marcentemente programática ou sancionatória no desrespeito do programado (direito econômico e direito penal econômico, respectivamente). E, por fim, divide a regulação com o particular em um processo de transferência e aperfeiçoamento da intervenção diante da complexidade social (compliance).

Ainda, aprimorando e especificando ainda mais a classificação, a própria autorregulação regulada se apresenta em três modelos possíveis: a autorregulação delegada, a autorregulação transferida e a corregulação ou autorregulação regulada cooperativa. A primeira, autorregulação delegada, se caracteriza pela transferência do Estado ao particular das faculdades de revisão, supervisão e sanção, ou o Estado fica com essas tarefas mas transfere ao particular a atribuição de adotar as medidas de aplicação das sanções. A segunda, autorregulação transferida, se caracteriza pela possibilidade de transferência ao particular das referidas faculdades, mas conserva-se com si a adoção das medidas de aplicação das sanções. E a terceira, corregulação, se caracteriza pelo trabalho colaborativo entre o Estado e os particulares na elaboração de sistemas de regulação específicos<sup>119</sup>.

Também é interessante notar alguns elementos importantes por meio dos quais a ideia de autorregulação regulada se manifesta de forma mais concreta. Quer dizer, elementos a partir dos quais é possível vislumbrar, de forma prática, que as empresas regulam a si mesmas, mas com a regulação do Estado, aperfeiçoando de sua intervenção.

O primeiro deles e que demonstra de forma muito clara e importante o processo de autorregulação é o estabelecimento pela empresa de regulamentos e normas de condutas internas, como, por exemplo, com a elaboração e implementação de códigos de conduta,

---

<sup>119</sup> “Tres son los posibles modelos a los que reconducir las variantes dables de programas de autorregulación regulada. En primer lugar, puede suceder que el Estado delegue puntualmente la facultad de regulación pero mantenga la facultad de revisión, supervisión y sanción o a la inversa, esto es, que el Estado sea el que regule pero delegue en la propia empresa el *enforcement*. Se alude así al fenómeno de la autorregulación delegada o *delegated self-regulation*. En segundo lugar, el Estado puede transferir la potestad de regulación, supervisión y sanción, pero mantener la potestad de revisión de lo normado y de cómo se lleva a cabo el enforcement, se habla entonces de autorregulación transferida o *devolved self-regulation*. Finalmente, cabe hablar de procesos puros de co-regulación o *cooperative self-regulation*, esto es, procedimientos en los que el Estado trabaja ‘codo con codo’ con las empresas en la elaboración de sistemas específicos de regulación, de modo que, si bien es el Estado el que acaba aprobando el sistema de regulación, las empresas, así como todos aquellos terceros interesados, desde un buen comienzo se involucran en el proceso, poniendo a disposición del Estado toda aquella información de la que éste carece y permitiendo así la obtención de sistemas específicos e individualizados de regulación. Para ello se recurre a grupos de trabajo bilaterales o a la conformación de órganos administrativos integrados parcialmente por representantes de los sujetos regulados.” (Ibidem, p. 51-52).

programas de governança e boas práticas, códigos de ética, etc. São regulamentações internas que aprimoram as chances de eficiência do particular na tarefa de conformidade que lhe é transferida e permitem uma espécie de ajuste normativo de maior precisão entre o que o Estado preconiza como ideal jurídico e a atividade realizada, o modelo de negócio da empresa e sua realidade concreta<sup>120</sup>. Por exemplo, basta imaginar as políticas internas relacionadas ao oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes aos agentes públicos ou de recebimento das mesmas vantagens em relação a parceiros, políticas sobre patrocínios e doações, políticas de segurança da informação, de privacidade, etc.

O segundo elemento, lembrando as alterações propostas pelas tecnologias da informação, diz respeito à melhoria ou aprimoramento dos sistemas de informação, tanto em relação à regulamentação da circulação interna da informação – grau de confidencialidade, armazenamento, transmissão, quem tem acesso, etc. – como quanto ao trato da informação no relacionamento com público externo, autoridades, consumidores, parceiros, acionistas, etc.<sup>121</sup>. Na sociedade da informação, em que o dado informacional tem valor econômico precioso, e considerando que a criminalidade econômica, por sua própria natureza, se apoia no compartilhamento de informações, a regulamentação desse ativo é de suma relevância. Exemplo do reconhecimento da importância da informação nessa dinâmica está no próprio acordo de leniência em que o agente criminoso, em troca de imunidade, oferece informações importantes para a persecução estatal<sup>122</sup>.

Não à toa na tarefa de regulação da autorregulação do particular, o Estado determina que a preservação e reunião de informações, inclusive para facilitação da formatação probatória para investigações futuras. Em mais um exemplo pautado nas estruturas de

<sup>120</sup> Nesse sentido: “El primer elemento de la autorregulación es la necesidad de que las empresas establezcan normas de comportamiento que se plasman en instrumentos de muy diverso nombre: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicos o éticos etc. Debido a la complejidad técnica, legal o moral existente en muchas sectores la ley no está hoy en condiciones de regular pormenorizadamente un buen número de situaciones. De ahí que la primera función de la autorregulación sea normalmente el concretar y especificar principios que solo han sido enunciados de forma genérica, y además hacerlo a la luz de las distintas peculiaridades de cada empresa.” (NIETO, Adán. op. cit., p. 5-6).

<sup>121</sup> “El segundo de los elementos del sistema de organización empresarial es la mejora de los sistemas de información, tanto los que regulan la circulación de la información en el interior de la corporación, como los que establecen cauces de comunicación con el exterior – autoridades, consumidores, accionistas -. Con ello se contrarresta una de los factores criminógenos más conocidos del corporate crime, la compartmentación de la información.” (Idem, p. 6).

<sup>122</sup> Assim, diz o art. 16, II, da Lei nº 12.846/2013: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...] II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”.

tecnologia da informação, essa ideia parece estar presente de forma clara ao se pensar no Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais ou *Data Privacy Impact Assessment – DPIA*, definido, nos termos da LGPD como a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco” (art. 5º, XVII). Por essa ótica, tal documento parece ter como um dos objetivos a determinação de que o agente de tratamento reúna as informações sobre sua atividade em relação aos dados pessoais, justamente no propósito de otimizar a fiscalização por parte do Estado. Inclusive, a LGPD prevê que a autoridade nacional de tutela da matéria determine que o controlador<sup>123</sup> “elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.” (art. 38). Parece ser exemplo claro de autorregulação regulada em que a empresa regulamenta sua atividade (autorregulação) e concatena de forma documentada as informações pertinentes aprimorando a fiscalização e intervenção do Estado (regulada).

Como terceiro elemento, está a própria estruturação interna da empresa com a designação de áreas e profissionais vocacionados e dedicados especificamente a implementar os mecanismos de autorregulação, fiscalizar os comportamentos internos e buscar dedicadamente a tarefa de conformidade<sup>124</sup>. A ideia é otimizar a estrutura e permitir autonomia e independência às referidas áreas e profissionais a fim de assegurá-las as condições necessárias para o desempenho efetivo de suas funções. Os maiores exemplos práticos dessa ideia é a estruturação da área de compliance e a designação de compliance officers – CO para condução dos respectivos trabalhos.

---

<sup>123</sup> “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;”.

<sup>124</sup> “Una característica ulterior de la normativa sobre *self regulation* es la tendencia a que la empresa refleje en su estructura estos nuevos cometidos, designando personas u órganos cuyo cometido específico sería el velar por la efectividad de la organización empresarial. [...] En la literatura norteamericana se habla, en este sentido, de que la compliance solo se toma en serio por la empresa, cuando los superiores se implican en ella, considerándola (*tone at the top*), por tanto, un objetivo empresarial similar a la obtención de beneficios.” (NIETO, Adán. op. cit., p. 7).

Ainda, tem-se o quarto elemento que compõe a autorregulação regulada que é a existência de um controle externo que audite, certifique e valide – de forma independente – a idoneidade do sistema de autorregulação<sup>125</sup>.

Além disso, nos temas pertinentes à relação existente entre o compliance e o Direito Penal Econômico, vale observar que a adoção prática dos mecanismos de autorregulação pode trazer consequências interessantes nessa seara.

A autorregulação, por exemplo, tem por vocação diminuir ou minimizar os riscos da atividade realizada, apresentando-se como importante instrumento de realização concreta do dever de cuidado. Como assinala Adán Nieto, isso reduz o espaço de avaliação judicial em relação à inobservância de deveres dessa natureza, trazendo maior segurança jurídica<sup>126</sup>. Como exemplo, é possível pensar na questão da responsabilidade por omissão dos dirigentes da pessoa jurídica ou dos compliance officers, que inclusive será tratado no capítulo 4 da pesquisa. Parece claro que se ausentes mecanismos de autorregulação – que esses, inclusive e

<sup>125</sup> “Cuarta nota común a los sistemas de autorregulación regulada es la exigencia de un control externo que certifique, evalúe o audite la idoneidad del sistema de autorregulación. Baste en este punto con señalar que al lado de la auditoría contable han aparecido otros diversos tipos de auditoría como la laboral, la ecológica e incluso se está desarrollando un sistema de auditoría social con el fin de comprobar en qué medida las empresas cumplen con los deberes que dimanan de su responsabilidad social. En cualquier caso debe señalarse que en este aspecto de la autorregulación existen diferencias que en una línea continua podríamos situar entre la técnica de la certificación de que la empresa dispone de normas técnicas y que las cumple, hasta la obligación de someterse a auditorías rigurosas, en las que además se busca la independencia del controlador externo, como son la auditoría contable y también la existente en material de prevención de riesgos laborales. A la par que la auditoría se extiende, las normas de auditoría clásica confieren cada vez con mayor claridad al auditor una función policial con el fin de descubrir las irregularidades que tienen lugar dentro de la empresa. Si de acuerdo con la concepción tradicional el auditor podía actuar bajo la creencia de que todo está en orden, y solo adquirir una obligación de denunciar o investigar cuando se encontraba con algún tipo de irregularidad, las nuevas normas de auditoría obligan a actuar con la obligación de investigar aquellos hechos delictivos que pueden tener reflejo en el balance. Esta tendencia de crear nuevos gatekeepers va en aumento imponiendo también a abogados o contables obligaciones de denuncia. Una técnica alternativa o adicional a la auditoría para garantizar la eficacia de la organización interna es la transparencia, esto es, la obligación de informar públicamente acerca del modo en que la empresa se organiza para cumplir un determinado objetivo. Esta es la función, por ejemplo, de los informes de buen gobierno corporativo en el mercado de valores.” (NIETO, Adán. op. cit., p. 7-8).

<sup>126</sup> “La importancia de la autorregulación para el derecho penal es notoria a mi juicio en el marco de la imprudencia. La metodología esencial en la elaboración de un sistema de autoorganización es el denominado risk assesment, método a través del cual la empresa debe evaluar los sectores de su actividad que son más proclives a generar riesgos no permitidos para la lesión de determinados bienes jurídicos o de infracciones normativas (blanqueo de capitales). A partir de esta valoración del riesgo las empresas deben crear, precisamente, las normas de conducta y los sistemas internos de control con el fin de evitar la aparición de este tipo de riesgos o, al menos reducirlos de forma razonable. La normativa administrativa suele obligar además a una evaluación constante de los sistemas preventivos con el fin de detectar posibles deficiencias o nuevos riesgos. Creo que resulta evidente que la autoorganización resulta una caudalosa fuente de normas de cuidado, en cuanto que concreta de forma razonada los niveles de diligencia dentro de la empresa. Con ello se recorta el margen de discrecionalidad judicial dentro de la imprudencia, acomodando el delito imprudente al principio de determinación. Los empleados, sobre todo cuando no tienen una posición jerárquicamente relevante, deben poder confiar en que se establece el nivel de diligencia necesario cuando actúan conforme a los estándares establecidos en las normas internas de autoorganización, sobre todo si en su elaboración y supervisión ha intervenido, en la forma antes señalada, la administración.” (Idem, p. 10-11).

*a priori*, seriam responsáveis por instituir – a discussão sobre se deveriam e podiam evitar a ocorrência do ilícito no caso concreto, é muito mais ampla em comparação a avaliação do ilícito considerando a existência de mecanismos de autorregulação. No segundo cenário é muito mais seguro juridicamente que o primeiro. Ao mesmo tempo, porém, uma melhor estruturação interna, com atribuições mais claras e delimitadas dos personagens que atuam na pessoa jurídica, potencializa a identificação de responsabilidades penais por comportamentos omissivos, justamente pela não atuação em cumprimento das atribuições de que eram cientes<sup>127</sup>.

Outro ponto é a capacidade da autorregulação de viabilizar a estruturação das normas penais de forma muito mais democrática. Ela se desenvolve em um terreno de maior participação, inclusive por parte de quem efetivamente participa do seu contexto de formatação e aplicação<sup>128</sup>. Mas não só. Por natureza, se pauta e é pensada justamente no ajuste das normas jurídicas à realidade interna da empresa e aos próprios modelos de negócio – sendo esses tão variados e específicos na sociedade contemporânea como já visto<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> “Es posible también pensar en la aparición de un nuevo grupo de responsabilidades que tienen como base comportamientos omisivos. Algunos Códigos de buen gobierno señalan expresamente la obligación de los administradores de dirigir la empresa con el fin de evitar la comisión de hechos delictivos. [...] La progresiva clarificación de este tipo de obligación dentro del derecho de sociedades, merced a los códigos de buen gobierno, resulta un argumento muy fuerte para mantener la existencia de una posición de garantía en los administradores, que les obliga a impedir hechos delictivos de sus empleados, lo que implicaría, en los delitos dolosos la posibilidad de apreciar, al menos, la cooperación en comisión por omisión. Pero a mi juicio, el futuro del derecho penal de la empresa en lo tocante a la responsabilidad del superior va más allá que la de aportar nuevos argumentos a una discusión, como la del deber de garantía, en la que ya se han gastado demasiados esfuerzos con muy poca claridad. De la estructura de la autorregulación que examinábamos en un apartado anterior (III), se deduce la importancia que tienen los deberes de documentación de aquellas actividades empresariales en la que exista riesgo de aparición de comportamientos delictivos. Igualmente se ha constatado una preocupación porque circule fluidamente, y sobre todo de abajo-arriba, la información empresarial relativa a la compliance, y no solo aquella que tiene que ver con el cumplimiento de los fines económicos. Esta situación no solo facilita la imputación subjetiva de los superiores, sino que también me parece relevante a la hora de discutir la legitimidad de la sanción por imprudencia dentro del derecho penal económico, con el fin de sancionar penalmente a los administradores que de forma grave se han apartado de su deber de conocer.” (Idem, op. cit., p. 12).

<sup>128</sup> Os instrumentos normativos internos das empresas são desenvolvidos, em regra, por seus próprios integrantes que, como ideal, podem estruturá-los de acordo com a cultura empresarial existente e o modelo de negócio próprio, logicamente respeitando as parametrizações postas pelo Estado. São pessoas, portanto, que têm o melhor conhecimento da realidade empresarial em que se inserem e os riscos inerentes, democratizando o processo de regulação.

<sup>129</sup> “Pero la autoorganización no solo contribuye a la seguridad jurídica, sino que también permite un derecho penal más democrático, allí donde se permite que representantes de intereses públicos como ONGs, sindicatos, asociaciones de defensa de los consumidores o del medio ambiente participen, a través de lo que se ha dado en llamar Tripartism, en la confección del sistema de prevención de la empresa. La elaboración de una norma de cuidado implica, en la mayoría de los casos, una ponderación entre utilidad social y riesgos socialmente útiles, que el legislador parlamentario, en el momento de promulgar la norma, solo puede hacer de forma muy vaga. Permitir que los propios afectados y las víctimas potenciales de los riesgos de la actividad empresarial participen activamente en la determinación de las normas de cuidado implica un modo de legislar mucho más democrático que el tradicional.” (NIETO, Adán. op. cit., p. 11).

Essas considerações não parecem só ser importantes para compreensão do próprio fenômeno do compliance e dos demais pontos dessa pesquisa, como também nelas parece residir a própria fundamentalidade da ideia de autorregulação regulada em relação a tal fenômeno, relação essa que parece se apresentar, portanto, em duas faces. Uma primeira que identifica a autorregulação como a própria ferramenta de conformidade. Quer dizer, a pessoa jurídica utilizada dos elementos de autorregulação para se estruturar e organizar, potencializando as chances de evitar situações de ilicitude. E uma segunda em que a autorregulação, em si considerada, é o próprio estar em conformidade, ao passo que assim o faz o Estado com determinações específicas nesse sentido, otimizando sua vocação de regulação. As previsões da Lei Anticorrupção e da LGPD parecem ser os grandes exemplos legislativos dessa segunda manifestação do fenômeno.

## 2.2 Governança corporativa

Outro fundamento muito relevante no estudo do compliance, e em verdade para a ideia de compliance de forma ampla, é a governança corporativa. Ora, se o compliance implica a tarefa de conformidade das pessoas jurídicas particulares, nada parece mais coerente do que estudar o sistema que, por meio dos seus mecanismos e princípios, estrutura e orienta a gestão e as atividades das organizações.

A governança corporativa é pautada, sobretudo e como se verá, na necessidade de melhor gestão das expectativas e resultados da chamada relação de agência<sup>130</sup>. Se apresenta de

---

<sup>130</sup> “Desta brevíssima sumarização de alguns fatos relevantes, apesar de momentos de estagnação e retrocessos pontuais, observa-se um processo de amadurecimento da governança corporativa, especialmente das suas práticas como meio para superação dos conflitos nas relações de agência. As relações de agência são caracterizadas por um contrato onde uma ou mais pessoas (principal) contratam com outra pessoa (o agente) para que esta realize serviços que envolvem a delegação de parte das decisões a serem tomadas. Em termos práticos, os acionistas, sócios ou associados contratam um terceiro e outorgam poderes para que este terceiro tome decisões de gestão e conduza os negócios. Há uma segregação entre a propriedade e a gestão.” (ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança corporativa. In CARVALHO, André Castro [et. al][coords]. *Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019, p. 7). Também explicando essa relação: “No modelo de gestão das grandes corporações do moderno capitalismo, os acionistas, como agentes principais e outorgantes, estão focados em decisões financeiras, em alocação eficaz de recursos, em carteiras de máximo retorno, em riscos e em diversificação de aplicações. E, como outorgados e agentes executores, os gestores estão focados em decisões empresariais, no domínio do negócio, em conhecimentos de gestão, em estratégias e em operações. Aos gestores os acionistas fornecem os recursos para a capitalização dos empreendimentos e as remunerações pelos serviços de gestão; em contrapartida, os gestores fornecem serviços que maximizam o retorno dos acionistas, com o compromisso de prestarem informações precisas, oportunas, confiáveis e abrangentes sobre a condução dos negócios, sobre os riscos e vulnerabilidades da empresa e sobre suas perspectivas futuras. [...] Estabelece-se assim entre os dois agentes, os outorgantes e os outorgados, uma relação de agência, fundamentada na

forma cada vez mais ampla como ferramenta imprescindível ao desenvolvimento saudável das atividades e, por isso, de potencialização das chances de sucesso do particular na tarefa de conformidade. Igualmente, considerando que a ideia de autorregulação regulada, como visto, significa a própria tentativa de especialização e otimização da fiscalização das atividades pelo próprio Estado, o sistema de governança corporativa, em si, também contribui nessa tarefa.

Historicamente, a primeira noção da necessidade de melhor estruturação das organizações se dá em 1933 com a publicação do trabalho *The modern corporation and private property* por Adolf Berle Jr. e Gardiner Means em que sustentam a necessidade de maior transparência e prestação de contas pelos administradores aos acionistas ou efetivos proprietários (relação de agência)<sup>131-132</sup>.

Como primeiro documento codificado sobre o tema, destaca-se o chamado *Cadbury Report* ou *Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance* de 1992. A comissão liderada por Adrian Cadbury teve por principal objetivo indicar práticas vocacionadas a recuperar a confiança dos investidores nas companhias de capital aberto, em especial após os escândalos envolvendo o grupo Coloroll, o consórcio Asil Nadir's Polly Peck, e o grupo Maxweel<sup>133-134</sup>.

Em 1999, a OCDE também confere contribuição destacada ao tema com a publicação do documento *OECD Principles of Corporate Governance*, que passou pela

contratação de decisões que maximizem o valor do empreendimento, a riqueza dos acionistas e o retorno de seus investimentos.” (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, São Paulo : Atlas, 2004, p. 100).

<sup>131</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de. op. cit. p. 5.

<sup>132</sup> BERLE JR, Adolf A. MEANS, Gardiner C. op. cit.

<sup>133</sup> “O principal objetivo da comissão de notáveis liderada por Sir Adrian Cadbury foi recomendar práticas capazes de resgatar a confiança dos investidores na honestidade e na accountability das companhias listadas, ou seja, das companhias de capital aberto, e seu trabalhos estavam focados nas demonstrações financeiras. A criação da comissão teve como grandes motivadores os escândalos envolvendo o grupo Coloroll, o consórcio Asil Nadir's Polly Peck, e o grupo Maxweel. O produto dos trabalhos da comissão foi um relatório: Report of the committee on the aspects of corporate governance. O relatório ficou conhecido como primeiro código de boas práticas e governança corporativa no mundo e influenciou profundamente as práticas brasileiras na medida em que o IBGC desenvolveu código similar e, inclusive, recebeu a visita do Sir Adrian Cadbury para esclarecer conceitos de boa governança.” (ALMEIDA, Luiz Eduardo de. op. cit. p. 10-11).

<sup>134</sup> Segundo o próprio relatório: “The Committee was set up in May 1991 by the Financial Reporting Council, the London Stock Exchange and the accountancy profession to address the financial aspects of corporate governance. The Committee’s membership and terms of reference are set out in Appendix I. Its sponsors were concerned at the perceived low level of confidence both in financial reporting and in the ability of auditors to provide the safeguards which the users of company reports sought an expected. The underlying factors were seen as the looseness of accounting standards, the absence of clear framework for ensuring that directors kept under review the controls in their business, and competitive pressures both on companies and on auditors which made it difficult for auditors to stand up to demanding boards.”. (INGLATERRA. THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE AND GEE AND CO. LTD. *Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance*, London : Gee, 1992, p. 4).

segunda revisão mais recente, em 2015 (*G20/OECD Principles of Corporate Governance*). Sua contribuição se deve, especialmente, pela análise detalhada feita, pela apresentação de definições e princípios que melhor delimitaram a ideia de governança corporativa e, sobretudo, pelo endereçamento destacado da questão em cenário internacional<sup>135</sup>.

Também vale destacar o chamado Sarbanes-Oxley Act – SOX de 2002, grande marco normativo em relação à governança corporativa nos Estados Unidos. De uma forma geral, regula a responsabilidade corporativa e a necessidade de institucionalização de controles internos pelas empresas<sup>136-137</sup>.

Em cenário estrangeiro, ainda mais recente, vale citar o Código de Governança Corporativa Alemão ou *Deutscher Corporate Governance Kodex* de 2019. Contém princípios,

<sup>135</sup> “A OCDE também contribuiu significativamente com o tema. Com a primeira manifestação de uma entidade internacional e intergovernamental sobre a governança corporativa, em 1999, oferece uma publicação gratuita: *OECD Principles of Corporate Governance*. Essa publicação é um grande marco na medida de seu pioneirismo, riqueza de análise e fortíssima influência que exerce até os correntes dias. Ela propõe uma primeira contribuição a ser construída a partir das profundas alterações econômicas e sociais da década de 1990, da necessidade de que as corporações utilizem o seu capital de modo eficiente, e de uma visão contextualizada da governança corporativa, ou seja, a governança corporativa como uma parte de um contexto econômico muito maior, incluído e dependente de políticas macroeconômicas e do grau de competitividade dos produtos e dos fatores de mercado. Também ressalta a sua dependência da produção de normas, de aspectos regulatórios, institucionais e de meio ambiente, sem perder de vista uma responsabilidade social abrangendo a ética empresarial, observado o cuidado com o meio ambiente e com os interesses sociais de cada comunidade na qual as operações ocorram e, ressaltando, ainda, a importância do impacto reputacional. [...] “Em 2015, os princípios da OCDE sofreram a sua segunda revisão, materializada na publicação do *G20/OECD Principles of Corporate Governance*. As premissas da primeira publicação foram mantidas, porém, dentre vários novos pontos trazidos, foi enfatizado que ‘a governança corporativa envolve um conjunto de relações entre a administração de uma empresa, seu conselho, seus acionistas e outras partes interessadas. A governança corporativa também fornece a estrutura através da qual os objetivos da empresa são definidos, são determinados os meios para que esses objetivos sejam atingidos, bem como é determinado o monitoramento do desempenho’. [...] Ocorreu o reconhecimento de uma ampliação do campo de atuação da governança corporativa, especialmente em razão de fatos e escândalos que ocorreram após 1999.” (ALMEIDA, Luiz Eduardo de. op. cit. p. 12-13). “O terceiro grande marco histórico da governança corporativa foi estabelecido por uma organização multilateral, a Organisation for Economic Co-operation and Development, ou, com a sigla em português, OCDE. [...] É o marco mais recente e o de maior alcance, tanto pela abrangência dos aspectos tratados, quanto pela difusão internacional dos princípios da boa governança, quanto ainda pela sua reconhecida influência na definição de códigos de melhores práticas em crescente número de países. [...] “A missão do grupo criado pela OCDE foi a de desenvolver princípios que ajudassem os países-membros em seus esforços de avaliação e de aperfeiçoamento institucional de boa governança corporativa. Voltados para a corporações de capital aberto, mas também aplicáveis a empresas não negociadas em bolsa, os princípios foram concisos, compreensíveis e acessíveis – e, o quanto foi possível, formaram uma base comum aplicável pelos países-membros e não membros também voltados para o desenvolvimento de melhores práticas.” (ANDRADE, Adriana. ROSSSETTI, José Paschoal. op. cit., p. 72 e 74).

<sup>136</sup> “A sua elaboração se deu como rápida reação a graves casos de fraudes contábeis ocorridos principalmente na Enron e na Worldcom. A importância da SOX é tamanha que o estudo da governança corporativa nos Estados Unidos pode ser didaticamente dividido em dois momentos: antes e pós 2003.” (ALMEIDA, Luiz Eduardo de. op. cit. p. 14).

<sup>137</sup> “O conjunto de leis ou seções que envolvem a SOX impactam as organizações como um todo. A SOX regulamenta, como exemplo, as Operações ‘Off-balance’, a necessidade de criar e manter controles internos na organização, a obrigatoriedade de um código de ética na empresa e também de reportar qualquer alteração relevante na mesma.” (HEROLD, Anderson. *Contribuição de compliance da Sarbanes-Oxley (SOX) como inovação em instituições financeiras: um estudo de caso*, 2013, 80 f., Dissertação de Mestrado, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil, 2013, p. 28).

recomendações e sugestões para os órgãos de gestão e fiscalização com o objetivo de assegurar que as organizações serão administradas para seus melhores interesses, de modo a equilibrar todas as forças motrizes de desenvolvimento empresarial e a garantir a existência contínua e sustentável da própria atividade, com responsabilidade social e ética empresarial<sup>138</sup>.

No Brasil, destacam-se o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, de 2015<sup>139</sup>, o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas<sup>140</sup>, a Instrução nº 480 de 2009 da Comissão

---

<sup>138</sup> “Corporate Governance is understood as the legal and factual regulatory framework for the management and supervision of an enterprise. The German Corporate Governance Code (the ‘Code’) contains principles, recommendations and suggestions for the Management Board and the Supervisory Board that are intended to ensure that the company is managed in the enterprise’s best interests. The Code highlights the obligation of Management Boards and Supervisory Boards – in line with the principles of the social market economy – to take into account the interests of the share-holders, the enterprise’s workforce and the other groups related to the enterprise (stakeholders), to ensure the continued existence of the enterprise and its sustainable value creation (the enterprise’s best interests). These principles not only require compliance with the law, but also ethically sound and responsible behaviour (the ‘reputable business-person’ concept, *Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns*). By their actions, the company and its governing bodies must be aware of the enterprise’s role in the community and its societal responsibility. Social and environmental factors influence the enterprise’s success. In the enterprise’s best interests, Management Board and Supervisory Board ensure that the potential impact from these factors on company strategy and operating decisions is identified and addressed. The objective of the Code is to make the dual German corporate governance system transparent and understandable. The Code includes principles, recommendations and suggestions governing the management and monitoring of German listed companies that are accepted nationally and internationally as standards of good and responsible corporate governance. It aims to promote confidence in the management and supervision of German listed companies by investors, customers, employees and the general public. The principles reflect material legal requirements for responsible governance, and are used here to inform investors and other stakeholders. Recommendations of the Code are indicated in the text by using the word ‘shall’. Companies may depart from recommendations, but in this case they are obliged to disclose and explain any departures each year (‘comply or explain’). This enables companies to take into account sector or company-specific special characteristics. Well-justified departures from recommendations of the Code may be in the best interests of good corporate governance. Finally, the Code contains suggestions from which companies may depart without disclosure; suggestions are indicated in the text by using the word ‘should.’” (ALEMANHA. REGIERUNGSKOMMISSION. *Deutscher Corporate Governance Kodek*, 2019, p. 2. Disponível em: <https://www.dcgk.de/en/code/code-2019.html>. Acesso em: 01.09.2019.).

<sup>139</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*, 5. ed., São Paulo : IBGC, 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 01.09.2019.

<sup>140</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. GRUPO DE TRABALHO INTERAGENTES. *Código brasileiro de governança corporativa: companhias abertas*, São Paulo : IBGC, 2016. Disponível em: [https://www.anbima.com.br/data/files/F8/D2/98/00/02D885104D66888568A80AC2/Codigo-Brasileiro-de-Governanca-Corporativa\\_1\\_.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/F8/D2/98/00/02D885104D66888568A80AC2/Codigo-Brasileiro-de-Governanca-Corporativa_1_.pdf). Acesso em: 01.09.2019.

de Valores Mobiliários - CVM<sup>141</sup> e o documento do Banco Central intitulado Governança Cooperativa, sobre os mecanismos de governança nas cooperativas de crédito<sup>142</sup>.

Como ideia e sem prejuízo da diversidades de definições, que em verdade conferem um campo aberto de compreensão do tema, a governança corporativa, nos termos do Código do IBGC, é “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”<sup>143</sup>. No mesmo sentido, conforme prefácio do Secretário-Geral da OCDE no documento *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, a governança corporativa tem por objetivo ajudar a construir um ambiente de confiança, transparência e prestação de contas necessários para fomentar os investimentos consistentes de longo-prazo, a estabilidade financeira e a integridade das atividades empresariais, em apoio ao crescimento econômico e ao desenvolvimento de sociedades mais inclusivas<sup>144</sup>. Também, como coloca Marcelo Zenkner, a governança corporativa pode ser compreendida como “o conjunto de disposições que permitem assegurar que os objetivos pretendidos pelos dirigentes são legítimos e que os meios escolhidos para atingir esses objetivos são adequados.”<sup>145-146</sup>.

---

<sup>141</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Instrução nº 480, de 7 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários.

Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf>. Acesso em: 01.09.2019.

<sup>142</sup> VENTURA, Elvira Cruvinei Ferreira [coord.]. *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*, Brasília : BCB, 2009.

<sup>143</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. op. cit., p. 20.

<sup>144</sup> OCDE. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 2015, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?Expires=1567383828&id=id&acname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A>

Acesso em: 01.09.2019.

<sup>145</sup> ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 364.

<sup>146</sup> Ainda, enquanto conceito: Podemos definir a governança corporativa como o conjunto de mecanismos que visa ao monitoramento da administração das empresas, tendo por diretrizes, conforme IBGC, a transparência, a prestação de contas (accountability) e a equidade.” (KASHIO, Gaudêncio Mitsuo. *O conselho de administração como mecanismo de governança corporativa*, 2007, 121 f., Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007, p. 25); e “A governança corporativa é um sistema que orienta, monitora e incentiva as organizações, visando à preservação do valor econômico da organização no longo prazo, na medida em que busca alinhar os interesses dos gestores e acionistas tendo em vista a supressão do que se denomina conflito de agência. Tal conflito é visto como um confronto de interesses entre os acionistas (principal) e os gestores (agentes) de uma organização.” (CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho; LEVORATO, Danielle Cristine da Silva. O papel da cultura organizacional na implantação do programa de compliance na área de infraestrutura da odebrecht engenharia e construção In NOHARA, Irene Patrícia. PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania* [coords.], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 357).

Tem por objetivo originário, por assim dizer, sanar ou mitigar cinco questões presentes nas grandes organizações: (i) os chamados conflitos de agência; (ii) os chamados custos de agência; (iii) o problema dos direitos assimétricos; (iv) a necessidade do tratamento equilibrado de todos os atores envolvidos na atividade econômica desenvolvida; e (v) as chamadas forças de controle. São questões, aliás, que também tocam ao próprio compliance.

O primeiro dos problemas e talvez o mais amplo deles se dá nos chamados conflitos de agência, decorrentes da relação dessa natureza. Como referido acima, as relações de agência se caracterizam por um fenômeno de separação entre quem detém a propriedade da pessoa jurídica (agenciado ou outorgante) e quem efetivamente exerce sua gestão ou administração (agenciado ou outorgado). Esse fenômeno é observado de forma mais clara com a pulverização do controle acionário<sup>147</sup>, lembrando também a questão contemporânea e potencializada pela realidade digital dos chamados proprietários ausentes<sup>148-149</sup> vista anteriormente. Como consequência desses fenômenos e da não coincidência entre os personagens que figuram como proprietários e aqueles que figuram como gestores, por vezes interesses conflitantes entre os dois lados geram dificuldade de gestão e prejudicam o desenvolvimento da organização e de sua própria atividade. A governança corporativa tenta evitar ou mitigar tais questões, com a estruturação de atores (v.g. instituição do conselho fiscal) e princípios vocacionados a reequilibrar a relação e potencializar melhores resultados de administração (v.g. princípios da transparência e da prestação de contas).

---

<sup>147</sup> “No modelo de gestão das grandes corporações do moderno capitalismo, os acionistas, como agentes principais e outorgantes, estão focados em decisões financeiras, em alocação eficaz de recursos, em carteiras de máximo retorno, em riscos e em diversificação de aplicações. E, como outorgados e agentes executores, os gestores estão focados em decisões empresariais, no domínio do negócio, em conhecimentos de gestão, em estratégias e em operações. Aos gestores os acionistas fornecem os recursos para a capitalização dos empreendimentos e as remunerações pelos serviços de gestão; em contrapartida, os gestores fornecem serviços que maximizam o retorno dos acionistas, com o compromisso de prestarem informações precisas, oportunas, confiáveis e abrangentes sobre a condução dos negócios, sobre os riscos e vulnerabilidades da empresa e sobre suas perspectivas futuras. [...] Estabelece-se assim entre os dois agentes, os outorgantes e os outorgados, uma relação de agência, fundamentada na contratação de decisões que maximizem o valor do empreendimento, a riqueza dos acionistas e o retorno de seus investimentos.” (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. op. cit., p. 100).

<sup>148</sup> Ver nota nº 44 a esse respeito.

<sup>149</sup> “Contrapartida das políticas económicas neoliberais e da desregulação, a que se ligaram os escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar, foram propostas de autorregulação regulada, que se vieram a consubstanciar nas orientações de corporate governance e de compliance. O imperativo desregulador aliado à escalada de desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informação em tempo real num espaço sem fronteiras, criou o que Zigmunt Bauman chamou de ‘proprietários ausentes’: os reais proprietários das empresas (acionistas), que investem os seus recursos em atividades económicas sobre as quais ‘não têm controlo administrativo e operacional direto e localizado’. O conflito de interesses e a separação jurídicas entre ‘propriedade’ e ‘gestão’ da empresa gerou os primeiros debates sobre corporate governance, isto é, ‘o sistema mediante o qual as empresas dever ser dirigidas e controladas’. E que tem no recurso ao mecanismo de compliance um seu pilar garantidor.” (RODRIGUES, Anabela Miranda. op. cit., p. 45).

Ainda, desse primeiro problema decorre o segundo: custos de agência. São custos consequentes do próprio desajuste entre os interesses dos acionistas e dos gestores, como, por exemplo, a busca de *status* e prestígio pelos acionistas *versus* a busca por perfeição ou excelência profissional por parte dos gestores<sup>150-151</sup>. Esses custos não necessariamente são diretamente financeiros. Os prejuízos dessa ordem podem ser consequenciais e indiretos e nesse ponto, por exemplo, a relação com o compliance criminal e a discussão de eventual desconformidade à norma. Basta imaginar a existência de pressão de acionistas de empresa mineradora para crescimento dos lucros, ainda que isso implique a violação de normas ambientais. O conflito é iminente. Caso a gestão anua, o risco de conformidade e responsabilização penal da pessoa jurídica e de seus gestores está posto de forma concreta. Caso a gestão resista, seus atores correm o risco de desligamento. As normas de governança têm por escopo também diminuir as chances de situações como essa serem verificadas na prática.

Além dessas duas questões, tem-se também a existência de assimetria entre os direitos que prejudicam o desenvolvimento das atividades<sup>152</sup>; a necessidade de alinhamento

<sup>150</sup> “As abordagens mais recentes da microeconomia já haviam contraposto às hipóteses ortodoxas de maximização do lucro um conjunto de objetivos alternativos assumidos pelas modernas corporações. Uma lista não exaustiva incluiria pelo menos os seguintes: Busca de status, poder e prestígio por parte dos que exercem o poder, resultando em condutas incompatíveis com a obstinação do lucro máximo. Busca por perfeição e por excelência profissional por parte dos gestores, levando-os a desviar recursos para atividades-meio, em detrimento de atividades-fim. Preferência por segurança, gerando conflitos entre oportunidades de retornos sob altos riscos e sustentação de status quo mais conservador. Preferência por crescimento e por maior participação nos mercados, com o sacrifício, ainda que temporário, das margens operacionais e dos resultados de balanço. Conciliação de interesses de vários grupos, internos e externos, todos buscando simultaneamente a máxima satisfação dos seus propósitos. Decisões da direção executiva mais voltadas para os seus próprios interesses do que para a geração de riqueza para os acionistas. Todos estes objetivos alternativos conduziram à revisão crítica dos propósitos e dos mecanismos de gestão corporativa. E todos significam diferentes tipos de custos que contrariam os interesses dos acionistas. O último, porém, é o que mais claramente tipifica o que a teoria da governança corporativa define como custos de agência atribuíveis aos propósitos imperfeitamente simétricos de gestores e acionistas. [...] Outra categoria de custos de agência atribuível aos gestores é a orientação para o crescimento, em detrimento da maximização do retorno. [...] Finalmente, existem também custos resultantes de assimetrias entre proprietários e gestores quanto ao seu poder efetivo de influência e de acesso a informações.” (BREDESON, Lance William Lineker. *A change in canadian corporate governance philosophy: the importation of the Sarbanes-Oxley Act into canadian corporate governance*, 2007, 52 f., Thesis for the Degree of LL.M. Graduate, School of Law, University of Toronto, Toronto, Canada, 2007, p. 16-17).

<sup>151</sup> “Agency costs arise in all firms that have a separation between ownership and control. Firm agency costs begin to arise when investors supply another person with their money. How can investors be sure that their investment dollars will not be expropriated or invested in bad projects? Heightening this concern is the plethora of ways in which managers can expropriate corporate money. As was seen in the case of WorldCom, no or low interest loans can be given from the company to management. Management can also consume perquisites, such as choosing to fly on company jets instead of opting for commercial flights or decorating their offices with expensive artwork that does little to enhance shareholder value.” (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. op. cit., p. 105-106).

<sup>152</sup> “Esta terceira questão-chave difere formalmente das decorrentes dos problemas de agência, que são centrados em conflitos e custos. Ela tem a ver com a assimetria de direitos entre acionistas, que resultam da existência de mais de uma classe de votos ou do uso discricionário do poder exercido pelos majoritários em detrimento dos

dos interesses envolvendo todos os *stakeholders*<sup>153</sup> e o estabelecimento das chamadas forças de controle (externas ou internas) que são configuradas a partir da implementação de medidas concretizadoras dos pilares da governança corporativa e reativas em relação aos problemas decorrentes da relação de agência. Como forças externas, tem-se por exemplo a existência de marcos legislativos regulatórios, como a própria a Lei Anticorrupção. Paralelamente, como forças internas podem ser mencionadas as políticas internas de estruturação e modelos diferenciados de remuneração de gestores<sup>154</sup>. A área de compliance, por vezes, avoca esse

interesses dos minoritários. A origem desta questão é a permissão legal para a emissão de classes de ações com direitos diferenciados, por exemplo ações com e sem direito a voto, atribuindo-se a estas últimas um dado conjunto de benefícios não necessariamente compensáveis pelo impedimento de atuação efetiva em assembleias e outros colegiados da corporação. A possibilidade de emissão de dois tipos de ações permite que acionistas com ações que têm direito a voto controlem a companhia com menos de metade do capital acionário. [...] E à medida que as ações com direito a voto sejam cada vez menos expressivas em relação ao capital total, reduz-se a relação entre a posse dessas ações e o capital total para o exercício efetivo do controle corporativo. [...] As situações potencialmente mais problemáticas combinam dispersa concentração da propriedade com alta concentração dos votos, entendendo-se por votos concentrados os casos em que pequena posse do capital seja capaz de deter alto ou pleno poder de controle. Este tipo de assimetria permite que os acionistas controladores definam diretrizes estratégicas ou operacionais que contrariem os interesses dos aliados do controle. A atuação do grupo dominante pode levar, assim, a diferentes formas de expropriação de direitos. Destacam-se como exemplos: 1. Sobreposição do controle e da gestão, com objetivos de privilégios interesses próprios. 2. Pagamentos excessivos de salários ou de outros benefícios, diretos e indiretos, aos controladores dirigentes. 3. Autonomizações ou nepotismos para cargos nos conselhos e outros órgãos corporativos, desconsiderando-se qualificações e méritos requeridos. 4. Transações a preços privilegiados (altos para aquisições e baixos para vendas) com outras empresas pertencentes ao grupo controlador. 5. Uso fechado de informações privilegiadas. 6. Acesso a empréstimos tomados da corporação, em condições privilegiadas. 7. Acesso a benefícios em transações pessoais, com uso do alto poder de barganha ou do prestígio da corporação no ambiente de negócios. Esta situação, desde que externamente percebida e generalizadamente praticada, pode levar a um custo sistêmico elevado, o de desestimular o desenvolvimento do mercado de capitais e, por esta via, o potencial de crescimento da economia como um todo.” (Idem, p. 107-108).

<sup>153</sup> “Dependendo, porém, de como se considerem as fronteiras da responsabilidade corporativa, os objetivos da empresa poderão ir além dos que dizem respeito aos interesses dos acionistas. Se se aceita que a função das modernas corporações também tem a ver com outros públicos internos e externos e, mais até, com o entorno em que a corporação opera, a governança ampliará o seu raio de ação. Isto implica migrar do estágio que chamamos de stakeholder limitado para as fronteiras do modelo que chamamos de stakeholder avançado. Em um primeiro estágio, as práticas de governança são voltadas para o melhor equilíbrio entre os interesses de proprietários e gestores. [...] Além destes, o envolvimento da corporação e de seu processo de governança poderá ainda se estender para públicos externos, como credores, partes interessadas a jusante e a montante, abrangendo assim fornecedores, clientes e consumidores. E pode-se ir além, na direção do que seria o estágio mais avançado da concepção stakeholder: o alongamento do processo de governança com a comunidade em que a corporação atua, com objetivos sociais e governamentais e com compromissos ambientais. Estas diferentes abordagens não são unanimemente aceitas, embora as tendências que envolvem a governança corporativa pareçam apontar na direção de modelos mais abrangentes. [...] E mais: os mais recentes códigos de boa governança enfatizam questões relacionadas às responsabilidades corporativas ampliadas. [...] o objetivo essencial das empresas é a geração de valor para os acionistas e este é o propósito fundamental a que a boa governança deve servir. Prevalecendo a abordagem do equilíbrio de interesses dos acionistas com os de outras partes interessadas, os propósitos corporativos tornam-se menos claros, menos focados, podendo levar a consequências não satisfatórias. Entre estas podem ser apontadas pelo menos quatro, sendo a último corolário das três primeiras: 1. Menor compromisso dos gestores com a maximização do retorno dos ativos corporativos. 2. Dificuldades para aferição da performance da corporação, dada a diluição das suas funções e das suas responsabilidades. 3. Destruíção do valor de mercado da empresa, não obstante possa expandir-se outro atributo de difícil mensuração, o seu valor social. 4. Desencorajamento do interesse privado em alocar recursos para o crescimento do sistema corporativo, com a redução do bem-estar social a longo prazo.” (Idem, p. 110-112).

<sup>154</sup> “Diante dos conflitos e custos de agência e de assimetria de direitos, coloca-se a questão de se estabelecerem forças de controle para que o processo de governança se estabeleça de forma a harmonizar os interesses das

papel de comandar as forças de controle internas. As chamadas medidas de *enforcement* são identificadas na aplicação prática e transparente das sanções decorrentes dessas forças externas e internas. As sanções legais (responsabilização civil, penal ou administrativa), assim, são exemplos de medidas de *enforcement* externas. As consequências decorrentes de inobservância das normas internas de governança e compliance (v.g. não promoção do colaborador, aplicação de multas, etc.) são medidas de *enforcement* internas.

Ao lado dessas questões, hoje é possível dizer que as finalidades da governança corporativa transcendem esses objetivos primários, de modo que suas diretrizes alcançam também as menores organizações. Além disso, tem propósitos que extrapolam a estruturação interna da empresa e os direitos de seus atores, mas que também consideram as finalidades da organização enquanto pessoa jurídica socialmente atuante ou, em outras palavras, na sua função social<sup>155-156</sup>.

partes envolvidas com as operações do mundo corporativo. As forças de controle estabelecidas sintetizam os resultados de todas as formas de ativismo por boas práticas de governança. E são uma reação de agentes que se consideram traídos em seus direitos por conflitos de interesse, por oportunismos perversos, por juízos gerenciais orientados para objetivos dos próprios gestores, pelas mais variadas formas de expropriação e pela inexistência de monitoramento eficazes. Estas forças se estabelecem tanto internamente, quanto no ambiente externo às corporações. [...] Forças externas: definição de mecanismos regulatórios, padrões contábeis exigidos, controle pelo mercado de capitais, pressões de mercados competitivos, ativismo de investidores institucionais, ativismo de acionistas. Forças internas: concentração da propriedade acionária, constituição de conselhos guardiões, modelos de remuneração de gestores, monitoramento compartilhado, estruturas multidivisionais de negócios.” (Idem, p. 113-114).

<sup>155</sup> “Observa-se que as preocupações relacionadas às práticas de governança corporativa estavam direcionadas, de modo geral, às grandes companhias listadas em bolsa de valores, em razão de os riscos estarem relacionados ao potencial grande impacto na economia em geral, aos investidores, às comunidades envolvidas, em alguns casos ao mercado financeiro, aos muitos trabalhadores, e a toda a cadeia produtiva relacionada. Atualmente, contudo, a amplitude da governança corporativa aumentou significativamente também abrangendo sociedades que não estão listadas na bolsa de valores, empresas estatais, pequenas e médias empresas, entidades do terceiro setor, empresas familiares, entre outras. Do ponto de vista social, governança corporativa visa preservar o interesse de todos, na medida em que a sua ausência ou falhas de gestão podem causar grandes impactos e prejuízos econômicos, sociais e ambientais. [...] Os princípios de governança corporativa encartam e sintetizam valores construídos como reações a inúmeros escândalos. Buscam criar, manter e incentivar as condições de boas práticas de governança, de modo a que a pessoa jurídica cumpra sua função social colaborando com o desenvolvimento econômico, com a geração de empregos, o desenvolvimento regional, a utilização racional de recursos naturais, e, também agregando valor e gerando resultados positivos aos associados, sócios ou acionistas (shareholders) e oferecendo incentivos adequados a todas as partes interessadas (stakeholders).” (ALMEIDA, Luiz Eduardo de, op. cit. p. 9 e 15).

<sup>156</sup> “The Principles are developed with an understanding that corporate governance policies have an important role to play in achieving broader economic objectives with respect to investor confidence, capital formation and allocation. The quality of corporate governance affects the cost for corporations to access capital for growth and the confidence with which those that provide capital – directly or indirectly – can participate and share in their value-creation on fair and equitable terms. Together, the body of corporate governance rules and practices therefore provides a framework that helps to bridge the gap between household savings and investment in the real economy. As a consequence, good corporate governance will reassure shareholders and other stakeholders that their rights are protected and make it possible for corporations to decrease the cost of capital and to facilitate their access to the capital market.” (OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 2015, p. 10. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882\\_.pdf?itemId=/docstore/docserver/9789264236882\\_.pdf&filename=9789264236882\\_.pdf](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882_.pdf?itemId=/docstore/docserver/9789264236882_.pdf&filename=9789264236882_.pdf)

É importante assinalar também que não há uma fórmula ou um modelo estanque de governança, mas sim a ideia de que o aperfeiçoamento da estrutura e da gestão estarão alinhados ao próprio modelo de negócio e à atividade desenvolvida<sup>157-158</sup>. Aliás, isso parece ser aferível do próprio raciocínio da governança enquanto sistema. Se essa diz respeito à melhor estrutura e gestão, por lógica, o aprimoramento desses dois pilares passa pela compreensão de como eles se apresentam na atividade desenvolvida. A exemplo, por certo guardam diferenças as estruturas e as gestões de empresas do setor financeiro e da área de tecnologia. E se são diferentes na essência, suas versões aprimoradas também o devem ser, até porque seria ilusão demais ter a pretensão de melhorar aquilo que não se conhece.

Nessa perspectiva, as ideias relacionadas à governança corporativa têm natureza eminentemente principiológica<sup>159</sup>. Os princípios, como visto<sup>160</sup>, são normas que preconizam a

[en.pdf?expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/governance-principles_en.pdf?expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A)  
Acesso em: 01.09.2019.

<sup>157</sup> Sobre a diversidade de conceitos: “A governança corporativa, como conjunto de princípios e práticas que têm sido incorporadas aos modelos de gestão das empresas, tem atraído a atenção de diferentes partes interessadas – e, em sentido mais amplo, o próprio interesse público. [...] Pela diversidade das partes interessadas, fica evidente que, embora em sentido restrito, a governança responde aos interesses dos acionistas e dos agentes mais diretamente envolvidos com as operações corporativas; em sentido amplo ela pode abranger um conjunto maior de relações de uma corporação de negócios com todos os agentes direta ou indiretamente alcançados por suas ações. Não há, assim, fronteiras rigidamente estabelecidas e estanques. Em princípio, a governança é um campo aberto – e os graus dessa abertura são diretamente relacionados aos da abertura das próprias corporações. As empresas fechadas e familiares podem optar por modelos mais restritos; as companhias abertas de capital privado responderão a um leque mais aberto de interesses; as empresas estatais de capital aberto geralmente se envolvem com interesses ainda mais expandidos. [...] Pela extensão e pela diversidade de seus impactos, há, em contrapartida, também diversas tentativas de definição em torno do significado e do alcance da governança corporativa. O mesmo ocorre com os modelos que podem ser adotados em sua operacionalização. E tanto conceitos como modelos têm a ver com a amplitude que se dá aos processos de governança e aos seus impactos efetivos. Não surpreende, portanto, que, sob diferentes perspectivas, há diferentes conceitos de governança.” (ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. op. cit., p. 21-23).

<sup>158</sup> Nesse sentido, por exemplo na ótica da governança digital, também são as conclusões da pesquisa empírica de investigação de Chi-Yun Hua a respeito das organizações da indústria de alta tecnologia de Taiwan: “We don’t think there’s any particular agency, regulatory group, or shareholder group that can define good governance for all companies, because it varies from company to company in terms of the processes they employ to get to their end points. Our study could not wholly answer the question what good governance is for all firms in Taiwan so mainly offers different perspective for studying corporate governance.” (HUA, Chi-Yun. *Corporate governance, board compensation and firm performance: an investigation of corporate governance in Taiwan’s high tech industry*, 2003, 146 f., Dissertation for the Degree of Doctor of Business Administration, Golden Gate University, San Francisco, United States, 2003, p. 90).

<sup>159</sup> Nesse sentido é a seção *About the Principles* da *G20/OECD Principles of Corporate Governance*: “There is no single model of good corporate governance. However, some common elements underlie good corporate governance. The Principles build on these common elements and are formulated to embrace the different models that exist. For example, they do not advocate any particular board structure and the term ‘board’ as used in the Principles is meant to embrace the different national models of board structures. In the typical two-tier system, found in some countries, ‘board’ as used in the Principles refers to the ‘supervisory board’ while ‘key executives’ refers to the ‘management board’. In systems where the unitary board is overseen by an internal auditor’s body, the principles applicable to the board are also, mutatis mutandis, applicable. As the definition of the term ‘key executive’ may vary among jurisdictions and depending on context, for example remuneration or related party transactions, the Principles leave it to individual jurisdictions to define this term in a functional manner that meets the intended outcome of the Principles. The terms ‘corporation’ and ‘company’ are used

busca por estados ideais das coisas. Além disso, contribuem de forma diferente com a tomada de decisão, em comparação às regras e procedimentos em si considerados<sup>161</sup>, lembrando que procedimentos, a grosso modo, se apresentam como regras postas em sequência.

Os princípios de governança corporativa, por preconizarem um fim a ser atingido, orientam a formação, utilização e interpretação das regras e procedimentos das pessoas jurídicas. É essa aptidão normativa, portanto, que permite a maleabilidade ou ajuste das estruturas de governança de acordo com o modelo de negócio e a atividade desenvolvidos. Não por outra razão os principais documentos que versam sobre o tema assim o fazem mediante a previsão de princípios que devem ser observados pelas organizações. A ideia é dispor de normas abertas, relevantes, mais abstratas e cujo conteúdo apresenta superioridade material em relação às regras e procedimentos<sup>162</sup>, como verdadeiros mandados de otimização<sup>163</sup>, mandamentos nucleares<sup>164</sup> ou verdades fundantes<sup>165</sup> de um sistema, de modo a direcionar a estruturação e a gestão das pessoas jurídicas rumo ao estado ideal das coisas determinado. Esse último a variar de acordo com o conteúdo do próprio princípio.

interchangeably in the text. (OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 2015, p. 10-11. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A>. Acesso em: 01.09.2019).

<sup>160</sup> Ver nota nº 9 sobre o conceito de princípio dado por Humberto Ávila.

<sup>161</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 95-102.

<sup>162</sup> “Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder [...]. A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo : Malheiros Editores, 2013, p. 298-299).

<sup>163</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo), 11. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

<sup>164</sup> “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros Editores, 2013, p. 54).

<sup>165</sup> Miguel Reale atribui caráter de fundamentalidade aos princípios e os define como *verdades fundantes* de um sistema de conhecimento, como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 303-304).

Assim, para entender a governança corporativa e sua própria relação de contribuição com compliance, é preciso estudar e compreender os seus princípios mais relevantes e que são vocacionados à formação estrutural e administrativa das pessoas jurídicas<sup>166</sup>. Esses princípios são identificados a partir da leitura dos principais documentos internacionais e nacionais sobre o tema e que já foram mencionados anteriormente nesse tópico. Inclusive, observa-se que os documentos estão alinhados nesse sentido.

No primeiro documento da OCDE sobre o tema de 1999 (*OECD Principles of Corporate Governance*)<sup>167</sup> são relacionados os seguintes princípios: (i) a garantia dos direitos dos acionistas; (ii) o tratamento equitativo dos acionistas; (iii) a estruturação do papéis dos principais atores da organização a fim de que suas atividades potencializem o crescimento da riqueza, criação de empregos e a manutenção de empresas financeiramente sólidas; (iv) a transparência; e (v) a prestação de contas<sup>168</sup>.

A revisão mais recente do documento e já mencionada (*G20/OECD Principles of Corporate Governance*)<sup>169</sup> aprimora a relação de princípios anteriores, preconizando: (i) a promoção de mercados justos e transparentes, com a eficiente alocação de recursos e a adoção de medidas efetivas de supervisão e de aplicação normativa (*enforcement*); (ii) a proteção aos direitos e ao tratamento equitativo dos acionistas; (iii) a previsão de incentivos

<sup>166</sup> “The Principles are intended to help policymakers evaluate and improve the legal, regulatory, and institutional framework for corporate governance, with a view to support economic efficiency, sustainable growth and financial stability. [...] The Principles do not intend to prejudice or second-guess the business judgment of individual market participants, board members and company officials. What works in one company or for one group of investors may not necessarily be generally applicable to all of business or of systemic economic importance.” (OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 2015, p. 9. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?Expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A> Acesso em: 01.09.2019).

<sup>167</sup> Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance\\_9789264173705-en#page2](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance_9789264173705-en#page2). Acesso em: 02.09.2019.

<sup>168</sup> “I. The rights of shareholders. The governance framework should protect shareholders’ rights. [...] II. The equitable treatment of shareholders. The corporate governance framework should ensure the equitable treatment of all shareholders, including minority and foreign shareholders. All shareholders should have the opportunity to obtain effective redress for violation of their rights. [...] III. The role of stakeholders in corporate governance. The corporate governance framework should recognise the rights of stakeholders as established by law and encourage active co-operation between corporations and stakeholders in creating wealth, jobs, and the sustainability of financially sound enterprises. [...] IV. Disclosure and transparency. The corporate governance framework should ensure that timely and accurate disclosure is made on all material matters regarding the corporation, including the financial situation, performance, ownership, and governance of the company. [...] V. The responsibilities of the board. The corporate governance framework should ensure the strategic guidance of the company, the effective monitoring of management by the board, and the board’s accountability to the company and the shareholders.” (Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance\\_9789264173705-en#page2](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance_9789264173705-en#page2). Acesso em: 02.09.2019).

<sup>169</sup> Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?Expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560EBE2F73CAD0A> Acesso em: 01.09.2019.

sólidos em toda cadeia de investimentos e nos mercados de ações a contribuir com as estruturas de governança; (iv) a estruturação do papéis dos principais atores da organização a fim de que suas atividades potencializem o crescimento da riqueza, criação de empregos e a manutenção de empresas financeiramente sólidas; (v) a transparência; e (vi) a prestação de contas.

Ainda em cenário internacional, o mencionado Código de Governança Corporativa Alemão de 2019 prevê uma lista de 25 princípios<sup>170</sup>, destacando-se: (i) a administração da organização em seu melhor interesse (Princípio 1); (ii) a necessidade da implementação de controles internos apropriados e efetivos em relação aos riscos criados pela atividade desenvolvida (Princípio 4); (iii) a garantia pela alta administração de que todas as disposições legais e políticas internas serão cumpridas, no esforço de assegurar a existência de efetivo compliance (Princípio 5); (iv) a estruturação independente do conselho fiscal ou *supervisory board* (Princípios 9 a 16); (v) a existência de auditorias externas aptas a revisar a prestação de contas e os sistemas de riscos administrativos (Princípio 17); (vi) a prevalência dos interesses da organização aos interesses particulares dos seus atores; (vii) a transparência (Princípios 20 a 22).

No Brasil, o também referido Código de Melhores Práticas de Governança do IBGC traz os seguintes princípios: (i) transparência; (ii) equidade; (iii) prestação de contas (*accountability*) e (iv) a responsabilidade corporativa<sup>171</sup>.

Nesse quadro geral, percebe-se a previsão de normas programáticas e de orientação que preconizam uma melhor estruturação e gestão das pessoas jurídicas, não só para resolver os problemas anteriormente indicados, mas também para estabelecer o desenvolvimento

---

<sup>170</sup> Disponível em: <https://www.dcgk.de/en/code/code-2019.html>. Acesso em: 01.09.2019.

<sup>171</sup> “Transparência. Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização. Equidade. Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas. Prestação de contas (*accountability*). Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis. Responsabilidade corporativa. Os gabinetes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazo” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. op. cit., p. 20-21. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 01.09.2019).

sólido, ético e responsável da atividade econômica realizada, no intuito de obter melhores resultados para a própria organização e, por consequência direta ou indireta, à própria sociedade. As chamadas boas práticas de governança são, dentro dessa perspectiva, a conversão concreta de todos esses princípios em documentos, políticas internas, códigos de ética e recomendações objetivas “alinhandando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.”<sup>172</sup>.

Merecem especial destaque os princípios da *accountability* ou prestação de contas e da transparência<sup>173</sup>. É por meio deles de forma conjunta que se viabiliza o controle e a fiscalização das atividades realizadas e se essas estão alinhadas não só com os princípios de governança corporativa, como se as atividades estão em compliance ou conformidade.

Embora caminhem juntas, são ideias diferentes. Com a transparência tiram-se os véus sobre a atividade exercida, permitindo o conhecimento sobre sua estruturação e exercício. Pela *accountability* há a auditabilidade da própria atividade transparente, viabilizando o controle e a fiscalização das tarefas internas de conformidade. A *accountability* se dá, concretamente, por meio da auditabilidade das informações inerentes à atividade. As auditorias, nessa perspectiva, representam a revisão ou *double check* das atividades – abertas pelos mecanismos de transparência - por parte de terceiro imparcial e revestido de credibilidade. A própria *accountability* tem por vocação, assim, fiscalizar o próprio

<sup>172</sup> Idem, p. 20.

<sup>173</sup> A exemplo, tais princípios ganham especial destaque na INTOSAI, Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. De forma importante, vale citar a ISSAI – Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores nº 20 que dispõe especificamente sobre os princípios da *accountability* e da transparência. *In verbis*: “O Estado de direito e a democracia são fundamentos essenciais de auditoria independente e responsável do governo e são pilares da Declaração de Lima. A independência, *accountability* e transparência das EFS são pré-requisitos essenciais para uma democracia baseada no Estado de direito e permitem que as EFS liderem pelo exemplo e aumentem sua credibilidade. *Accountability* e a transparência são dois elementos importantes de boa governança. A transparência é uma força poderosa que, quando aplicada de forma consistente, pode ajudar a combater a corrupção, melhorar a governança e promover a *accountability*. É difícil separar *accountability* de transparência: ambas englobam muitas das mesmas ações, como por exemplo, a comunicação pública.” (INTOSAI – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. ISSAI nº 20, Vienna, Austria, 2010. trad. pelo TCU – Tribunal de Contas da União em 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F501562329409F78D5>. Acesso em: 08.09.2019).

cumprimento normativo. Aliás, parece ser por isso que a LGPD prevê como princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais a transparência e a prestação de contas<sup>174</sup>.

Como assinala Adán Nieto, a *accountability* ou a auditabilidade se perfaz, portanto, no controle externo da própria autorregulação regulada das organizações:

Cuarta nota común a los sistemas de autorregulación regulada es la exigencia de un control externo que certifique, evalúe o audite la idoneidad del sistema de autorregulación. Baste en este punto con señalar que al lado de la auditoria contable han aparecido otros diversos tipos de auditoria como la laboral, la ecológica e incluso se está desarrollando un sistema de auditoria social con el fin de comprobar en qué medida las empresas cumplen con os deberes que dimanam de su responsabilidad social.<sup>175</sup>

Em outra leitura, obviamente conexa à primeira, a *accountability* tem por fim assegurar que a disputa de mercado se dê em regras equânimes. A ideia é que, por meio da fiscalização das atividades, sendo todas auditáveis, existam condições iguais para o jogo da competitividade. Isso é aferível a partir de uma simples pergunta exemplificativa: como assegurar que a disputa é justa e está sobre bases iguais de competitividade, se não são conhecidas as atividades de organizações diferentes em disputa? Muito facilmente uma delas, em razão dos grandes investimentos na tarefa de conformidade, não conseguirá praticar o mesmo preço que sua concorrente em desconformidade. Apenas com a *accountability* sobre as atividades transparentes permitirá o conhecimento das raízes práticas de tal discrepância, permitindo a correção.

Outro exemplo posto nessa dinâmica e que especificamente toca ao compliance criminal pode ser apreendido do crime de *inside trading* do qual se falará mais a respeito em outro momento da pesquisa. O que faz o art. 27-D da Lei nº 6.385 de 1976<sup>176</sup> em criminalizar a utilização de informação relevante, ainda não aberta para o mercado, é tentar evitar e

<sup>174</sup> “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; e X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.” (BRASIL. *Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018*. op. cit.).

<sup>175</sup> NIETO, Adán. op. cit., p. 7.

<sup>176</sup> “Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.” (BRASIL. *Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm). Acesso em: 02.03.2019).

sancionar quem contorna a ideia de *accountability*. Criminaliza quem se aproveita de informação não auditável para obter espaço no mercado de forma ilícita. É o Estado, por meio do Direito Penal Econômico, imiscuindo na atividade econômica a fim de assegurar a livre concorrência posta enquanto premissa constitucional de intervenção.

Somam-se aos princípios da *accountability* e transparência as medidas de *enforcement* de forças de controle externas e internas, já referidas anteriormente. Elas, em última análise, conferem seriedade às práticas de governança e compliance adotadas, bem como concretizam bem tais princípios na prática.

Por parte das organizações (forças de controle internas ou pela contribuição na aplicação de forças de controle externas) dão recados muito transparentes do compromisso dos altos comandos da organização de que essa busca a conformidade de forma séria e efetiva, afastando qualquer percepção de que os planos de governança e compliance estabelecidos poderiam ser meras estruturas formais de conformidade tão somente aparente.

Por parte do Estado (forças de controle externas ou no respaldo da ação de forças de controle internas pelo particular<sup>177</sup>), esse reforça seu papel de intervenção e indica, com clareza, a necessidade das organizações estarem respaldadas nas melhores práticas de governança e em compliance. Não se pode ignorar, portanto, que a aplicação das medidas de *enforcement* pelo Estado tem por fim assegurar que toda a dinâmica histórica de transferência ao particular da tarefa de prevenir os ilícitos e o aperfeiçoamento da intervenção na atividade econômica pela autorregulação regulada tenham suas eficácia potencializadas.

Muito bem. Do que foi visto, dentro do que se pretende nesse trabalho, é possível observar que a governança corporativa tem como vocação o aperfeiçoamento da estrutura e da gestão da própria organização, podendo ser conceituada como o sistema de administração, monitoramento e incentivo das pessoas jurídicas, ajustado aos modelos de negócios e atividades dessas, que tem por objetivos a continuidade sadia, responsável e crescente de suas atividades, o equilíbrio entre os interesses de seus diversos atores (sócios, acionistas,

---

<sup>177</sup> Exemplo desse, por assim dizer, compromisso por parte do Estado no respaldo das medidas de *enforcement* adotadas pelo particular pode ser aferido nas situações de demissão por justa causa na esfera trabalhista por desvio ilícito de informação. É comum e lícito que, em casos em que colaborador, mesmo com ciência inequívoca de todas as políticas de segurança da informação e dos limites de sua atribuição, esse seja demitido por justa causa (força de controle interna). Perfeitas as configurações legais que justificam a adoção de tal medida de *enforcement*, cumpre nessa lógica o Poder Judiciário, caso provocado, validar a demissão nos moldes feitos, respaldando o particular e indicando a efetividade das medidas de governança e conformidade praticadas.

diretores, órgãos de fiscalização, colaboradores, etc.), o desenvolvimento econômico e a verificação de conformidade jurídica.

A governança corporativa tem, portanto, verdadeira relação instrumental com o compliance, em uma relação de influência simbiótica. Justamente por isso, pode ser considerada, com seus princípios e pilares, como fundamento do compliance.

Seus princípios e pilares, destacadamente a *accountability*, a transparência e as medidas de *enforcement*, conferem efetividade e seriedade à tarefa de conformidade, seja porque tais pilares são, em si, os deveres legais a serem observados, seja porque seus princípios e pilares viabilizam o aperfeiçoamento estrutural e de gestão das organizações, aprimorando, por consequência, a própria busca pela conformidade jurídica. Ao mesmo tempo, as estruturas de compliance e conformidade concretizam na prática e no modelo de atividade negocial posta os princípios de governança corporativa delineados. Assim, a governança corporativa e o compliance, embora diferentes, se retroalimentam em um ciclo virtuoso material de aperfeiçoamento.

### **2.3 Responsabilidade social**

Ao lado das ideias de autorregulação regulada e governança corporativa, o compliance ainda tem outros dois fundamentos: a responsabilidade social e a ética empresarial das organizações.

A ideia de responsabilidade social das organizações não tem origem determinada ou um marco histórico ou legislativo preciso. Aliás, parece ser natural que assim seja, sendo muito difícil determinar em qual ponto da história da humanidade, em primeira vez, se pensou que uma organização deveria se atentar também para o papel que representava no seio da comunidade. Ganha especial destaque, porém, durante as revoluções industriais, inclusive na atual quarta revolução industrial, com o desenvolvimento das tecnologias<sup>178</sup>. São justamente

---

<sup>178</sup> ““Few issues in business excite more interest today than emerging topic of corporate responsibility. In North America, Europe and Asia, in particular, the responsibilities of corporations to their communities are under intense scrutiny. In part, this reflects growing awareness of the impact of their actions on society, the environment, culture and different communities. [...] New technologies, developments in markets and new ideas are providing insights into the influence of corporate actions and their potential on issues which extend far beyond the conventional remit of firms and their managers. The rolling back of the state especially in

esses momentos que apresentam novos processos industriais capazes de alterar as estruturas de mercado pré-estabelecidas, alterando a forma como os bens são produzidos e quais bem os são, assim como a forma como as pessoas vêm o mundo e com esse interagem<sup>179</sup>. De todo modo, é possível identificar uma evolução consistente na primeira metade do século XX nos Estados Unidos, seja pelo protagonismo exercido por aquele país no cenário capitalista, seja pelo fato de que, com o desenvolvimento das grandes corporações, foram proporcionalmente crescentes as reivindicações sociais por um melhor e mais participativo papel daquelas no desenvolvimento social. O contexto posto naquele país passou a refletir em escala global<sup>180</sup>.

Como consequência dessa evolução, o papel das organizações nas sociedades em que estão inseridas passa a ser foco de atenção e estudo. A ideia é que as organizações deixam de ser meros agentes executores de suas próprias atividades, mas também agentes atuantes no

the 1970s, 1980s and early 2000s created new opportunities and imposes new responsibilities on firms.” (CANNON, Tom. *Corporate responsibility: governance, compliance and ethics in a sustainable environment*, 2. ed., Harlow : Pearson, 2012, p. 1).

<sup>179</sup> “Discussion of the role and responsibility of the corporate entity in society is not new. The comment in the Bible that it is “easier for a camel to pass through the eye of a needle than a rich man to pass through the gates of heaven” touches on the problems of wedding morality and wealth accumulation. [...] It was, however, the industrial revolution which brought the issue of corporate responsibility into sharp focus. In part, this was a reflection of the power of the new industrial processes to reshape age-old relationships. Feudal, clan, tribe or family based systems of authority and responsibility were dismantled. Simultaneously, new techniques and technologies gave ‘corporations’ vast power and wealth and created the first billionaires. The landscape could be reshaped, cities built. [...] the power of the machine over man raised major issues of responsibility and morality. The wealth which was accumulated by the new industrial classes gave added emphasis to the debate.” (Idem, p. 2).

<sup>180</sup> “Os questionamentos éticos da atividade empresarial que deram impulso original ao debate sobre a RSE tiveram início nos E.U.A. durante a primeira metade do século XX, motivados pelos conflitos emergentes que opunham as empresas de grande dimensão e alguns setores da sociedade civil. Embora possa ser explicado também por outros fatores de ordem histórica e cultural, a importância central dos E.U.A. no desenvolvimento do campo teórico da RSE [responsabilidade social da empresa] deve-se, essencialmente, à sua posição dominante enquanto país onde o capitalismo forjou os seus alicerces e a partir de onde ele se impôs ao mundo como modelo socioeconômico hegemônico. Ali, à medida que as empresas privadas cresciam em dimensão e influência, aumentava igualmente a exigência das reivindicações da sociedade por melhores condições de trabalho, remunerações mais elevadas e relações laborais mais transparentes. O incomparável poder alcançado por algumas corporações monopolistas contribuiu para transformar gradualmente o papel da empresa privada na sociedade, conferindo-lhe um protagonismo decisivo no êxito do ambicionado desenvolvimento econômico e social. Com esse poder, emergiram os conflitos de classes. É precisamente no âmbito destes conflitos que se desenvolveram as primeiras críticas à atividade de algumas empresas organizadas em monopólio e se começou a questionar a ética de alguns negócios e de alguns comportamentos gerenciais. A apreciação crítica da ação empresarial que na primeira metade do século XX reivindicava a filantropia das grandes empresas e combatia a alegada injustiça social gerada pelo processo de acumulação aparentemente ilimitada que o capitalismo permitia, daria mais tarde lugar ao desenvolvimento do campo de discussão sistemática sobre ética empresarial e sobre as responsabilidades sociais que vinculam as empresas à sociedade. Portanto, na origem e subjacente ao debate sobre a RSE, está uma crítica à empresa, ao seu papel e à sua intervenção como agente social relevante. Esta crítica tem alimentado o desenvolvimento do campo desde o início, permitindo a renovação de ideias e o aprofundamento da discussão em torno da RSE.” (ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro. Responsabilidade social das empresas e valores humanos: um estudo sobre a atitude dos gestores brasileiros, 2007, 466 f., Tese de Doutorado, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – EBAPE, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2007, Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3272/ACF123.pdf>. Acesso em: 14.09.2019).

desenvolvimento econômico, jurídico e social coletivo. É a ideia das organizações socialmente participativas, isto é, organizações com preocupadas com o desenvolvimento coletivo e que demonstram concretamente essa preocupação<sup>181-182</sup>. No essencial:

esta concepção de RSE [responsabilidade social da empresa] enfatiza a necessidade de as empresas cumprirem os seus objetivos econômicos, respeitando a lei e assumindo, simultaneamente, compromissos que envolvam a adoção de um comportamento ético e de um papel intervencioso na melhoria da qualidade de vida da sociedade ou, pelo menos, de parte dela.<sup>183</sup>

Muitas são as formas de visualizar o tema e os compromissos assumidos ou que devem assumir as organizações que desejam ser consideradas socialmente responsáveis. Uma delas, que apresenta muita consistência e coerência, é a ideia da Pirâmide da Responsabilidade Social da Organização desenvolvida por Archie Carroll<sup>184</sup>. Segundo o autor, são quatro os principais compromissos das organizações: as responsabilidades econômicas, as responsabilidades legais, as responsabilidades éticas e as responsabilidades filantrópicas<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> O conteúdo das expectativas sociais em relação ao papel das organizações também evoluiu ao longo do tempo, de uma organização que realiza filantropia, evolui para um verdadeiro agente moral e passa a ser cobrado como um agente que preza pelo desenvolvimento sustentável: “De 1900 a 1960. [...] A empresa socialmente responsável é aquela que realiza filantropia – concretizada em donativos financeiros e apoio a causas sociais – e que tem um bom sistema de governança corporativa. De 1960 a 1980. [...] A empresa ascende à condição de “agente moral”, evoluindo a responsabilização estritamente individual de quem toma decisões para uma responsabilização da empresa, no plano organizacional, como entidade moral sujeita a apreciação e condenação. De 1980 até à atualidade. [...] O conceito de “desenvolvimento sustentável” passa a integrar o discurso sobre RSE e a teoria dos stakeholders alarga o quadro de responsabilidades da empresa a todos os grupos que afetam ou são afetados pela ação empresarial.” (ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro. op. cit., p. 75-76).

<sup>182</sup> Exemplo dessa preocupação de assumir o compromisso público de responsabilidade social, é a iniciativa do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social “Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção” (Disponível em: <https://empresalimpa.ethos.org.br/index.php/empresa-limpa/pacto-contra-a-corrupcao/termo-de-adesao>). Acesso em: 15.09.2019). Nele, as organizações aderentes se comprometem a “Adotar, ou reforçar, todas as ações e procedimentos necessários para que as pessoas que integram as suas estruturas conheçam as leis a que estão vinculadas, ao atuarem em nome de cada uma das Signatárias ou em seu benefício, para que possam cumprir-las integralmente, especialmente nos relacionamentos com agentes públicos: no exercício da cidadania; na qualidade de integrante da coletividade e, portanto, constitucionalmente, agente do desenvolvimento sustentável; como contribuinte; na condição de fornecedor ou adquirente de bens ou serviços para ou do governo; como postulante a ou no exercício de concessão, autorização, permissão ou vínculo equivalente com o governo; em qualquer outra condição ou com qualquer outro objetivo.”.

<sup>183</sup> Idem, p. 84.

<sup>184</sup> CARROL, Archie B. The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders *In Business Horizons*, July-August 1991, Kelly School of Business, Indiana University, Indiana, United States, p. 39-48.

<sup>185</sup> “For CSR [Corporate social responsibility] to be accepted by a conscientious business person, it should be framed in such a way that the entire range of business responsibilities are embraced. It is suggested here that four kinds of social responsibilities constitute total CSR: economic, legal, ethical, and philanthropic. Furthermore, these four categories or components of CSR might be depicted as a pyramid. To be sure, all of these kinds of responsibilities have always existed to some extent, but it has only been in recent years that ethical and philanthropic functions have taken a significant place”. (Idem, p. 40).

Esses compromissos estão entrelaçados e, ao mesmo tempo, dispostos na visualização de uma pirâmide, estando as responsabilidades econômicas na base da estrutura, as legais em segundo nível, as éticas em terceiro e, no topo, as responsabilidades filantrópicas. Essa organização se justifica com base na ordem das expectativas sociais em relação aos papéis, objetivos e responsabilidades<sup>186</sup>. A ideia da responsabilidade social da organização é justamente o compromisso dessa na implementação e manutenção perene de todas essas responsabilidades reunidas e equilibradas entre si<sup>187</sup>.

As responsabilidades econômicas são identificadas a partir da função social-econômica das organizações de atuar da produção de bens e/ou na prestação de serviços, fomentando o desenvolvimento socioeconômico. As responsabilidades legais – e nesse ponto o tema toca ainda mais ao compliance – diz respeito ao cumprimento pela organização dos deveres legais, seja na sua estruturação jurídica, seja no exercício de sua própria atividade. As responsabilidades éticas, por sua vez, correspondem à observância pela organização e seus colaboradores que a personificam dos valores éticos e morais do seio social em que estão inseridos e que não decorrem do cenário econômico ou jurídico<sup>188</sup>. Por fim, as responsabilidades filantrópicas correspondem às ações da organização em resposta às expectativas sociais de que essa atuará como uma boa participante social, promovendo ações que potencializem o estado de bem-estar da pessoa humana, v.g. programas de promoção de

<sup>186</sup> Idem, p. 40-43.

<sup>187</sup> “A partir da proposta de Carroll, propõe-se uma reinterpretação da RSE. Segundo o novo modelo, a RSE consiste no conjunto de obrigações sociais que decorrem do compromisso econômico, legal e ético da empresa perante a sociedade. Os vértices do triângulo representam as três fontes de responsabilidade social que se estabelecem como princípios orientadores da ação da empresa. A RSE implica um esforço permanente de articulação de políticas, estratégias e ações a fim de cumprir os deveres positivos (de ação) e negativos (de omissão) sugeridos pela finalidade econômica, pelos princípios éticos e pela exigência de cumprimento da lei. Tal como apresentada, a designação destas responsabilidades identifica o motivo das obrigações que as caracterizam, remetendo a filantropia para o plano da ação.” (ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro. op. cit., p. 86-87).

<sup>188</sup> “A Responsabilidade Econômica está relacionada com o objeto principal da atividade empresarial, o qual justifica a sua existência e assegura a sua sobrevivência e sustentabilidade. Esta responsabilidade corresponde à obrigação de fornecer a sociedade com produtos e serviços de boa qualidade, investindo na inovação e buscando o lucro que permita o crescimento da empresa e a satisfação das legítimas expectativas dos acionistas. A Responsabilidade Legal implica a obrigação social de cumprir a legislação. Tratando-se de uma norma obrigatória imposta pelo Direito, a lei resulta, nas sociedades democráticas, de um desejo de regulação ratificado pela sociedade. A existência desta lei, no entanto, não é garantia do seu cumprimento. Os mecanismos sancionatórios geralmente inibem a sua transgressão, porém a empresa mantém liberdade de escolha sobre a adesão à lei em inúmeras circunstâncias da sua atividade. Por fim, a Responsabilidade Ética respeita ao dever de agir segundo princípios morais sintonizados com os valores sociais. Esta responsabilidade implica a adoção de um comportamento eticamente aceitável que, não sendo imposto pela lei ou pela finalidade econômica, decorre de uma disposição para integrar na definição de políticas e de estratégias elementos e pretensões que previnam o eventual dano provocado pela ação empresarial e considerem positivamente a contribuição para o bem-estar social e para o desenvolvimento humano.” (ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro. op. cit., p. 86-87).

igualdade de gênero, de inclusão das pessoas com deficiência, de proteção ao meio ambiente, de fomento à arte, etc.<sup>189</sup>.

## 2.4 Ética empresarial

Ao raciocínio se agrega a ideia de ética empresarial, não só como parte integrante e compromisso da própria responsabilidade social, mas também em si considerada e como fundamento do compliance. Por ética empresarial, em termos gerais, pode ser entendido, inclusive na linha do que já foi dito, o comportamento da própria organização e dos agentes que ela presentam e representam pautado pelos valores morais e éticos esperados ou desejados pela coletividade. A organização ética é aquela cuja atuação está ajustada aos níveis éticos esperados pela sociedade em que ela está inserida. A ética empresarial, portanto, se perfaz na conformidade não jurídica da organização, no ajuste com os sistemas de normas éticas e morais socialmente postos, como v.g. a ideia de não oportunismo<sup>190</sup> e o respeito à pessoa humana. Balizará, portanto, as tomadas de decisão e as condutas dos agentes da organização de acordo com os padrões éticos e morais desejados socialmente. Em linhas gerais e sem precisão terminológica, mas apenas para facilitação do que se pretende dizer: a ética empresarial corresponde ao compliance moral.

Nessa perspectiva, é preciso dizer que os sistemas morais ou éticos e jurídicos são distintos, mas há momentos em que o próprio sistema jurídico confere abertura para que o conteúdo de suas normas seja compreendido a partir do conteúdo de normas morais (v.g. princípio da moralidade da Administração Pública ou mesmo a partir da interpretação concreta do dever de agir na omissão penalmente relevante). Em outros momentos, os sistemas agregam-se mutuamente em adição. Em relação ao compliance e à tarefa de conformidade, parece ser o que ocorre, dada a expectativa social contemporânea de que as

<sup>189</sup> “Philanthropy encompasses those corporate actions that are in response to society’s expectation that businesses be good corporate citizens. This includes actively engaging in acts or programs to promote human welfare or goodwill. Examples of philanthropy include business contributions of financial resources r executive time, such as contributions to the arts, education, or the community.” (CARROL, Archie B. op. cit., p. 42).

<sup>190</sup> “A moral do oportunismo justifica as ações daqueles que magnificam as próprias conveniências, destituídos de consciência social e de ideais coletivos; maximizam a própria utilidade na linguagem dos economistas e glorificam o proveito pessoal acima de qualquer outra consideração; valorizam o enriquecimento fácil e célebre, numa visão imediatista e predadora; cultivam a histeria do ‘salve-se quem puder’; consideram que todos os trambiques são válidos desde que o propósito seja alcançado, não importa a licitude dos meios.” (SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*, 4. ed., Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 77).

organizações estarão de forma efetiva e transparente, e ao mesmo tempo, em conformidade jurídica e moral ou ético<sup>191</sup>.

Isso posto e assim como os dois primeiros fundamentos para entendimento do compliance (autorregulação regulada e governança corporativa), os conteúdos semânticos das ideias de responsabilidade social e ética empresarial são fundamentos do compliance justamente porque não só contribuem para a melhor compreensão de suas razões de existência e conteúdo, como também para sua maior efetividade prática, sobretudo a partir de seus compromissos estruturantes.

Há, portanto, uma relação de retroalimentação intelectiva em que ideias permitem a compreensão das outras e vice-versa. O compliance ou a conformidade com as normas postas contribui para uma visão de que a organização é uma boa participante social comprometida com os interesses da coletividade. Em contrapartida, as ideias de responsabilidade social e ética empresarial parecem pressupor e clamam pela adoção de um compliance efetivo pela organização para alcançarem seus objetivos.

## **2.5 Sistemas de Gestão de Compliance: compliance formal *versus* compliance real**

Na perspectiva legal, o Decreto nº 8.420 de 2015<sup>192</sup>, usa-se a expressão programa de integridade consiste “no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade,

---

<sup>191</sup> Nesse sentido: “The law could be considered to be the minimum norms and standards of conduct of a society. It describes what behavior is accepted and which actions violate the law and are punished. Ethics are a set of moral principles and standards of conduct. Hence there is an overlap between what is legal and what is ethical. Still, what is considered legal is not always ethical. Some actions might be within the law, but generally considered unethical by society or by the rules defined by an organization. Thus there is a field of ethics that includes the law but also extends beyond it to incorporate the ethical standards and issues that the law does not address. For example, racial discrimination used to be legal in the United States, but it was absolutely not ethical. Another example would be corporations doing business in developing countries which have no or only very limited laws to protect the environment and prevent pollution. Even though it is legal to operate in such countries, an organization needs to ask itself whether it is within the ethical standards the organization has set for itself. Even if ethics and the law have a large area of overlap, this overlap is certainly not complete. Organizations must therefore pay attention to the actions that are legal but perhaps not ethical and that do not comply with the ethical standards they have set for themselves.” (WULF, Katharina. *Ethics and compliance programs in multinational organizations*, Springer : Berlin, 2011, p. 10).

<sup>192</sup> BRASIL. Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 20.04.2019.

auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”. Quatro pontos sobre esse conceito legal parecem merecer maior destaque.

O primeiro deles é observar que o decreto entende que um programa de integridade passa pela aplicação efetiva – ou seja, que mostre resultados concretos<sup>193</sup> – de códigos de ética pelas pessoas jurídicas, é exemplo, portanto, de intersecção normativa entre os sistemas moral e ético e jurídico. O Decreto produz, assim, verdadeira janela de abertura, para que o ordenamento jurídico e a aplicação de suas consequências sejam interpretados a partir de concepções éticas e morais da sociedade e do contexto em que será aplicado. Além disso, parece reconhecer juridicamente a ética empresarial como fundamento.

O segundo ponto é que a definição está associada à própria finalidade do Decreto de regulamentar a Lei nº 12.846 de 2013 e a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Relaciona, assim, a definição do programa de integridade ao objetivo de evitar desvios, fraudes, irregularidades e atos dessa natureza<sup>194</sup>. No entanto, para fins do presente trabalho e de entendimento mais amplo, e sem apontar qualquer incorreção na definição legal referida que cumpre com seu papel, o programa de integridade seria mais do que algo vocacionado a tais objetivos específicos, pode ser entendido como o conjunto de mecanismos dedicados à tarefa de conformidade como um todo e não somente em relação aos prejuízos à Administração Pública.

A três, é muito interessante notar a definição de que o programa seria um conjunto de mecanismos, não se perfazendo, portanto, em apenas um ato, designação de área, estrutura ou ato normativo interno da pessoa jurídica. A ideia, como se verá de forma mais detalhada na

---

<sup>193</sup> Nesse ponto se lembra da diferença entre um ato jurídico eficaz e um ato jurídico efetivo. O primeiro é aquele vocacionado e capaz juridicamente de produzir efeitos. O segundo é aquele a partir do qual, de fato, são observados efeitos práticos. Essa classificação é muito útil, por exemplo, em relação aos atos processuais.

<sup>194</sup> A Controladoria-Geral da União – CGU, também por sua vocação administrativa, segue o caminho semelhante de conceituação, mas sinaliza uma maior amplitude de possibilidades pelo uso do termo “especialmente”: “O Programa de Integridade tem como foco medidas anticorrupção adotadas pela empresa, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira.” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Disponível em: <http://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 23.09.2019, p. 6).

sequência, é justamente que as organizações adotem uma série de mecanismos e posturas que, em conjunto, contribuam com a tarefa de conformidade<sup>195</sup>.

Ainda, como quarto ponto, vale dizer que o Decreto adota a denominação mais restrita de “programa de integridade”. Embora comumente, essa expressão seja utilizada na prática como sinônimo de “programa de compliance”, vale dizer que a ideia de integridade está mais associada ao conjunto de práticas com objetivo de evitar desvios, fraudes, irregularidades e atos contra a Administração Pública.

Nesse trabalho, porém, adotar-se-á a definição mais recente e aceita internacional e nacionalmente, aquela já mencionada ISO 37301, incorporada pela ABNT no País: Sistemas de Gestão de Compliance<sup>196</sup>. O texto apresenta os requisitos e diretrizes para estabelecer, desenvolver, aplicar, avaliar, manter e melhorar um sistema eficaz de compliance dentro de uma organização.

Na ideia da ISO, um Sistema de Gestão de Compliance possibilita uma organização a demonstrar seu comprometimento com o cumprimento de textos legais relevantes, requisitos regulatórios, códigos de mercado e padrões organizacionais, assim como padrões de boa governança, melhores práticas, éticas e expectativas da comunidade<sup>197</sup>. Interessante, observar, nessa ideia, a incorporação, ainda que indireta, dos fundamentos mencionados nos itens precedentes.

Em suas definições, a ISO define um “Sistema de Gestão” como um conjunto de elementos inter-relacionados ou que interagem entre si de uma organização para estabelecer políticas (suas intenções e direcionamentos, assim expressadas pela alta administração) e

<sup>195</sup> “An effective ethics and compliance program consists of more than the sum of its basic instruments. An organization’s code of conduct builds the foundation of the ethics and compliance program. In its code, an organization explains its core values and policies, describes what behavior is expected of employees, and explains the consequences for not complying. Through appropriate training programs, organizations reinforce the message of their code and ensure that employees understand what is expected of them. An ethics and compliance program will only be effective if employees know what the expected behavior is. In addition to training, organizations inform their employees through communication campaigns, such as newsletters, website postings, brochures, posters, etc., on ethics and compliance issues. Ethics and compliance training and communication are a major factor for developing and sustaining an organizational culture that promotes and demonstrates ethical and compliant behavior. Training programs, communication campaigns, and the code of conduct help to ensure that a commitment to ethical behavior is taken seriously at all levels of an organization.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 57-58).

<sup>196</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO37301: Compliance management systems - Guidelines*. Genebra, 2021.

<sup>197</sup> Ibidem.

objetivos (resultados a serem buscados), assim como as atividades ou práticas adotadas para atingir esse objetivos e traduzir em termos concretos as políticas previstas<sup>198</sup>.

O Sistema de Gestão de Compliance, assim, a partir dos conceitos identificados no documento<sup>199</sup>, pode ser considerado como o conjunto de elementos inter-relacionados ou que interagem entre si (“Sistema de Gestão”), voltado para que a organização cumpra todas as obrigações que a organização precisa cumprir e aquelas que a organização voluntariamente opta por cumprir (“Compliance”).

É o instrumento que instrumentaliza de forma concreta e prática a ideia de autorregulação regulada, ou seja, a ideia de que as organizações regulam a si mesmas, mas com a regulação do Estado, ainda que não haja essa obrigatoriedade de forma expressa em texto legal. É por meio do Sistema de Gestão de Compliance que a organização implementa padrões que são significantes para sua própria existência e sucesso<sup>200-201</sup>, se autorregulando a partir desses padrões (autorregulação), bem como estabelece e adota os mecanismos que, de forma coerente, contínua e integrada, se retroalimentam em prol da criação e manutenção de um ecossistema virtuoso e próprio da organização em prol da tarefa de conformidade (regulada). Como diz a ISO 37301, as organizações estabelecerão, aplicarão, avaliarão, manterão e melhorarão continuamente o Sistema de Gestão de Compliance, incluindo os procedimentos necessários e suas inter-relações, de modo a refletir seus valores, objetivos, estratégias e riscos de compliance, levando em conta o contexto em que estão inseridas<sup>202</sup>.

Nesse sentido e na perspectiva de prevenção à criminalidade econômica – o que poderia, em uma leitura, levar a uma discussão profíca sobre as finalidades preventivas da pena, inclusive da autorregulação regulada como aperfeiçoamento da própria tarefa fiscalizatória e preventiva do Estado:

A finalidade do *compliance* é a aplicação de normas jurídicas e outras diretrizes definidas para a empresa e, através delas, cumprir o direito vigente e evitar prejuízos para a empresa, seus órgãos e empregados. Assim, sendo praticado algum crime no ambiente empresarial, programas de *compliance* efetivos aumentarão as chances de que a própria empresa o detecte,

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> Ibidem.

<sup>200</sup> Idem, p. 73.

<sup>201</sup> “O objectivo do estabelecimento de medidas de organização interna de uma empresa não é o de criar um programa normativo que favoreça a sua atividade ‘no fio da navalha’ e lhe permita fugir à responsabilidade penal, mas sim delimitar o perímetro dos comportamentos proibidos, de forma que possam ser prevenidas e reprimidas práticas contrárias às normas definidas.” (RODRIGUES, Anabela Miranda. op. cit., p. 47).

<sup>202</sup> Ibidem.

possibilitando a investigação e a remediação interna do dano eventualmente causado. [...] Esse mecanismo parte do pressuposto de que a causa essencial da criminalidade empresarial é a falta de valores éticos e sociais e considera que, por isso, a modificação na forma de gestão da empresa com a introdução de diretrizes éticas de comportamento e o fomento desses valores no mundo empresarial é a forma mais eficaz de luta contra essa classe de delinquência. Em geral, tais diretrizes reproduzem praticamente as normas de comportamento penais e, assim, conforme Pastor Munoz, funcionam como verdadeiros “alto-falantes” da legislação penal atinente. Esses programas são naturalmente orientados ao controle interno e possuem um conteúdo específico de prevenção, buscando compensar os efeitos criminógenos característicos das organizações empresariais. O controle interno da própria organização se expressa como uma verdadeira estratégia político-criminal cujo fim é controlar aquele delito próprio do âmbito empresarial. Nesse sentido, esses programas se tornam necessários ao se considerar a ineficácia preventiva das normativas jurídicas em geral e da ineficiência da persecução estatal (considerando além dos fatores já expostos, também o seu orçamento e suas estruturas burocráticas).<sup>203</sup>

Da mesma forma, o Sistema tem relação direta com a governança corporativa e seus pilares, em especial os de *accountability*, transparéncia e *enforcement*. É recomendável, na ideia de coerência funcional de estruturação interna de autorregulação, e até natural que os valores e princípios de uma governança corporativa eficaz integrem o programa de integridade. São pilares que, ao mesmo tempo, potencializam as chances de resultados frutíferos ao desenvolvimento íntegro das atividades da organização e das relações entre os diversos agentes que a ela pertencem. Além disso, o histórico de desenvolvimento de estruturas internas derivado dos princípios de governança não só melhora a gestão da própria pessoa jurídica, como é experiência altamente aproveitável para estruturação e separação de funções das áreas internas relacionadas ao desenvolvimento do programa de integridade (área de compliance, recursos humanos, segurança da informação, etc.).

E ainda, também guarda relação com a responsabilidade social e ética que, ao fim e ao cabo, guardam intersecção de objetivos e princípios. Tanto as ideias de responsabilidade social e ética empresarial como um programa de integridade têm como suas vocações a proteção reputacional da organização, com a construção de uma imagem de participante social positiva e manutenção da conformidade, o que passa pela adoção formal e material de padrões sérios de compliance e integridade.

Em suma, o Sistema de Gestão de Compliance é o mecanismo por meio do qual todos os principais fundamentos do compliance são concretizados. Quer dizer, é por meio dos

---

<sup>203</sup> FORIGO, Camila Rodrigues. op. cit., p. 35-36.

seus fundamentos que o compliance é melhor observado intrinsecamente, o que, ao lado da sua ideia de tarefa de conformidade – em intervenção estatal transferida e aperfeiçoada – permite a melhor compreensão de seu próprio conceito. Logo, entender os fundamentos do compliance é importante não só para a tarefa de conformidade em si considerada, mas também para entender quais as principais funções do próprio programa de integridade: materializar de forma consistente a tarefa de conformidade, conforme e coerente a autorregulação regulada; apoiar o desenvolvimento da governança corporativa; e fomentar a responsabilidade social e a ética empresarial da organização<sup>204</sup>.

Extremamente sensível é o risco que se tem de desenvolvimento de um Sistema de Gestão meramente formal, inefetivo e não comprometido com a potencialização da integridade e conformidade no exercício das atividades da organização. Em outras palavras, há chances concretas de se desenvolver um sistema que se diz vocacionado a criar e manter um ecossistema de integridade e pró compliance, inclusive com textos normativos internos altamente trabalhados, detalhistas e rebuscados, mas que, na prática, não passa de mera estrutura formal, aparente, recheada de promessas utópicas. Um verdadeiro corpo errante em busca de sua alma. Em vez de contribuir com o compliance, um sistema com essas características trabalha de forma contrária, promovendo o distanciamento dos objetivos pensados e gerando um ecossistema viciado, sobretudo em razão da descrença de sua inefetividade gerada no corpo da organização a partir da sua ausência de resultados práticos.

É pensando nisso que há o desenvolvimento de uma série de ideias e instrumentos que devem integrar um sistema de gestão para que exista um compliance real e não um compliance meramente formal que, ao final, significará a ausência prática de compliance. Um verdadeiro compliance líquido, por assim dizer, de eficácia e efetividade irradiantes, que permeie todas as áreas da organização, sua cultura interna e em relação a seus parceiros<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> “These programs aim to avoid unethical behavior on the part of management and employees with measures that are in addition to existing corporate governance and accounting standards. Corporations can optimize their economic success and sustainability if their business activities satisfy not only the interests of relevant stakeholders (such as employees, customers, investors, suppliers, etc.) but also the interests of society as a whole. Businesses are most successful if they are in harmony with society, government, and the economy. An ethics and compliance program can merely fulfill basic needs such as the appointment of an ethics and compliance officer who is responsible for ensuring that required paperwork is complete and submitted in a timely manner. Alternatively, an organization can develop a sophisticated ethics and compliance program with an officer, training and communication programs, reporting mechanisms, audit and evaluations functions, and a system for tracking legal requirements and compliance. Organizations have developed programs on both ends of the spectrum and in between, all depending on the type of company.” (Idem, p. 41).

<sup>205</sup> “Em geral, os programas de cumprimento têm componentes de regulação, prevenção, investigação e sancionamento. É muito difundido o modelo de sua elaboração em três colunas (modelo das três colunas) – formulação, implementação e consolidação e sancionamento. A formulação do programa – de acordo com o

São pontos internos ou intrínsecos do próprio programa ou pontos externos ou extrínsecos ao programa, mas pertencentes à própria organização<sup>206</sup>. Por isso, inclusive, são estabelecidos requisitos padronizados, sobretudo na referida ISO 37301:2021.

trinómio detetar, definir, estruturar – tem a ver com a identificação e análise de riscos, com a adoção de códigos de ética ou de conduta, que definem as medidas de prevenção adequadas em face dos riscos, e ainda com o desenvolvimento de mecanismos – canais de denúncia – que permitem a identificação de condutas desviantes na empresa, tendo em vista, na última etapa de construção da coluna, a estruturação concreta do programa, aí incluída a definição das competências dos diversos agentes de compliance. Com a implementação, trata-se de assegurar os vetores de comunicação-promoção-organização dos programas, desde logo garantindo, em cada segmento de atuação de administradores e empregados, o conhecimento dos códigos e dos procedimentos a adotar em conformidade, avultando aqui a importância da formação; e, para além disso, assegurando a promoção da cultura de cumprimento, através da consagração de medidas internas, que podem dizer respeito à documentação dos atos praticados ou à instituição de controlos internos (não enunciados) ou externos (auditorias). Já tendo em vista a consolidação e o aperfeiçoamento dos programas – que passa por reagir, sancionar e aperfeiçoar – é necessário que estes incluam mecanismos de reação perante práticas ilícitas cometidas na, contra ou através da empresas designadamente, medidas de investigação internas, e que prevejam sanções a serem aplicadas. O aperfeiçoamento dos programas implica, finalmente, a sua avaliação contínua, tendo em vista a atualização, revisão regular e assegurar a sua efetividade.” (RODRIGUES, Anabela Miranda. op. cit., p. 58-59).

<sup>206</sup> O Decreto nº 8.420/2015 organiza, de certa forma, esses pontos em seu art. 42: “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que refletem de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.”. “BRASIL. Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 20.04.2019). No caso das instituições financeiras, por exemplo, a Resolução nº 4.595 de 2017 do Banco Central do Brasil que fala das políticas de conformidade no âmbito dessas instituições, dispõe o que a política de conformidade deve definir. (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res\\_4595\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf) Acesso em: 03.07.2019).

Em primeiro lugar, é imprescindível que o Sistema de Gestão de Compliance seja devidamente situado, contextualizado e específico para realidade da organização, com o mapeamento de riscos (interno/intrínseco)<sup>207</sup>. Isso não só é fundamental para as chances de sucesso na tarefa de conformidade, como para a própria utilidade do programa. Basta imaginar, por exemplo, o desenvolvimento de um programa genérico que indique o respeito a normas jurídicas setoriais que não são aplicáveis à atividade (v.g. normas de regulamentação sanitária em um programa de uma empresa de tecnologia da informação). Também é importante entender as práticas culturais consolidadas na organização a fim de entender quais padrões de não integridade devem ser desconstruídos, quais enfoques devem ser dados, como as abordagens de comunicação e treinamento devem ser feitas, etc.<sup>208</sup>. Por essa razão é de todo inútil o estabelecimento de um programa de integridade modelo a ser replicado ou o aproveitamento de documentos feitos em outras organizações. Inclusive, se a organização optar por contar com empresa terceira na estruturação do programa, é muito proveitoso que o profissional dedicado ao diagnóstico de todos esses riscos e cenários esteja presencialmente por um período dentro da própria organização, realizando os mapeamentos na prática.

---

<sup>207</sup> “As a first step, organizations must identify the risk they are facing due to the legal areas relevant to their industry and business and evaluate their criminal and civil exposure arising from them. Typically these areas include antitrust, anti-corruption, security, conflicts of interest, government contracting, environment, and labor and employment [...] To determine which additional risk areas exist, organizations should analyze their litigation, regulatory, and compliance history as well as their competitors’ history. To define the standards, organizations should consult with their legal advisors and functional managers. [...] However, it is not sufficient to just identify the legal risk areas and publish them in a code of conduct. Organizations must develop, communicate, distribute, and train their employees on their policies and procedures. Additionally, organizations need to update their policies and procedures to take into account changes in laws and regulations and then communicate and train their employees on the changes. In a code of conduct, organizations usually provide an overview of their compliance program, applicable standards, and training requirements, establish disciplinary measures for violations of the code, and assign responsibility for the program to certain individuals. The code summarizes the organization’s commitment to compliance. Even though there are similar elements in every code, they will vary depending on the organization’s industry, business, identified exposure to risks, and culture. A code should always be given to the board of directors and the senior management for approval. It is absolutely essential that the executive team, in particular the CEO, supports the code and sends the right message from the top. However, the compliance standards should not only be ‘followed by its employees’ but also by ‘other agents.’” (Idem, p. 88); “Se alude a la necesidad de llevar a cabo una identificación y evaluación de todos y cada uno de los riesgos que cabe esperar a tenor de la concreta actividad empresarial (*Gap analysis*). Sería indispensable, ante todo, proceder a un inventariado de los riesgos de infracción de normas. A continuación, los riesgos detectados debieran ser valorados, estimación que se obtendría a partir de la probabilidad de que se materializase en un concreto dano y el valor concreto de dicho daño.” (VILA, Ivô Coca. op. cit., p. 57).

<sup>208</sup> Sobre a importância do conhecimento da cultura organizacional: “A cultura organizacional é vista como um facilitador da convivência entre os integrantes da organização, estabelecendo o conceito do que é certo ou errado, próprio ou impróprio, facilitando a comunicação e a realização dos objetivos organizacionais e, inclusive, gerando segurança emocional para aqueles que vivem nos ambientes organizacionais, na medida em que as pessoas sabem o que delas é esperado. Além disso, a cultura é um instrumento que modela as formas de gestão e os relacionamentos internos organizacionais, na medida em que as pessoas sabem o que delas é esperado.” (CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho. LEVORATO, Danielle Cristine da Silva. op. cit., p. 356).

Em segundo lugar, é fundamental que o programa de compliance conte com o comprometimento e apoio da alta administração (“*tone at the top*”) (externo/extrínseco). Os líderes, nos topo da pirâmide organizacional, devem efetivamente exercer sua liderança com integridade, apresentando-se como verdadeiros exemplos de comprometimento com os princípios do programa e sua plena efetividade. Líderes não comprometidos ou, pior, de limites de integridade, moral e ética frágeis não só prejudicam a tarefa de conformidade e o desenvolvimento da atividade da organização, como também desmotivam o corpo de colaboradores a cumprir com o programa<sup>209</sup>. Esse comprometimento deve ficar claro nos vários momentos que perfazem a concepção e execução do programa: na instituição dos mecanismos de compliance, inclusive, a participação direta da alta

---

<sup>209</sup> “Once organizations have established compliance standards and procedures for their employees to follow, they are asked to appoint ‘[s]pecific individual(s) within high-level personnel of the organization’ that are responsible for ‘over see[ing] compliance with such standards and procedures’ (USSG 1994, §8A1.2, cmt. n.3 (k)(2)). A compliance officer should be a high-level manager who has access to and the support of the board and senior management. This position is necessary in order to have one individual responsible for overseeing and implementing the program on a company-wide basis. However, even if the compliance officer is a high-level manager, he or she needs the support of the board and senior management. It must be visible to all employees that the executive team is committed to its compliance program. The members of the executive team must play an active role in the program and thereby establish a culture of respect for compliance in the company. Compliance should extend from the highest level through middle management down to employees at the lowest level of the organization. There are many different options for structuring the compliance officer position. Centralized organizations often have one compliance officer who coordinates the program. In decentralized companies it might be better to have each subsidiary or division have its own compliance representative who is part of a compliance committee or have a combination of one or more compliance officers and a committee. Sometimes the compliance representatives are managers of key functions such as legal, audit, or human resources.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 89); No mesmo sentido: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 8-9); e “As establishing an effective compliance program is an important decision that must be made by the management of a company, the concern of top managers about corruption issues is an important step for such a decision.” (MACHADO, Felipe C. *Compliance policies, training, and monitoring as effective tools to prevention of corruption*, 2015, 35 f., Master of Sciente in Economic Crime Management. Faculty of Utica College. Utica, United States. 2015. Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1654779408/fulltextPDF/CA8D5942C504406FPQ/39?accountid=12217>.

Acesso em: 23.09.2019); “A fim de dar uma maior efetividade ao programa de integridade organizacional envolto nessa sociedade contemporânea, ou seja, complexa e de risco, é que se indica o modelo de melhoria contínua. Será, a partir de um programa próprio e em constante qualificação que será possível entender uma contínua redução dos perigos e um aumento gradual dos riscos. Ou seja, em se tratando os perigos dos riscos a partir da sua consequência de decisões, o aprofundamento do grau de aprendizagem vai estar relacionada aos riscos que a organização está disposta a aceitar. Trata-se do que foi referido como apetite ao risco, e, não apetite ao perigo. O grau de incerteza vai depender dos riscos que são originários da decisão, complexa e madura, a partir dos agentes com competência para decidir nessa organização. Por isso o programa deve estar alinhado a toda cultura organizacional, especialmente no cotidiano dos gestores que ocupam os cargos mais relevantes. Por isso que a doutrina é unânime que um programa de integridade começa no topo, ou seja, na gestão superior da organização. A nomenclatura de tone from the top, ou seja, o tom da importância do programa surje do apoio e o engajamento pessoal da alta administração.” (WITTMANN, Cristian Ricardo. *Programas de integridade (compliance programs) e o direito na sociedade global*: a concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares, 2016, 275f, Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016, p. 245-246); e “Em uma empresa, o *compliance* deve ter início na diretoria e nos executivos de alto nível, os quais são responsáveis, de certa forma, por dar para a empresa as diretrizes que serão seguidas pelos gerentes e demais funcionários. Prova disso é que tanto as agências americanas quanto a norma brasileira iniciam a análise da efetividade de um programa de *compliance* pelo respeito empregado a ele pelos dirigentes.” (SORÉ, Raphael Rodrigues. op. cit., p. 125).

administração na comunicação e treinamento dos demais colaboradores; na atualização contínua dos instrumentos de integridade; na aplicação das medidas de *enforcement*, inclusive em relação aos titulares de cargos e funções elevadas, etc. Para servir de exemplo e provocar alterações na cultura organizacional, a participação da alta administração tem ser concreta e transparente, a narrativa meramente formal do compromisso não cumpre tal função. Os líderes da organização, assim, se apresentam como verdadeiros garantes do programa de compliance<sup>210</sup>.

Nesse sentido, a ISO 37301:2021<sup>211</sup> entende que a liderança e o compromisso da alta administração são demonstrados se (i) assegurarem que as políticas e objetivos de cumprimento são estabelecidas e compatíveis com o direcionamento estratégico da organização; (ii) assegurarem a integração dos requisitos do sistema de gestão com os procedimentos comerciais da organização; (iii) garantirem que são disponíveis os recursos necessários para cumprimento do sistema de gestão; (iv) comunicarem a importância da gestão eficaz do compliance com os requisitos do sistema de gestão; (v) assegurarem que o sistema vai trazer os resultados esperados; (vi) orientarem e apoiarem as pessoas que contribuem com o sistema de gestão; (vii) promoverem a melhoria contínua do sistema; e (viii) apoiarem as outras funções de gestão pertinentes.

Em terceiro, as qualificações relacionadas a quem ficará responsável mais diretamente pela formatação e execução do sistema é igualmente importante (externo/extrínseco)<sup>212</sup>. Cumpre à organização e, sobretudo, à alta administração, como

<sup>210</sup> “É natural que haja uma tendência dos funcionários de uma organização de seguirem os exemplos de seus líderes, o que se torna especialmente problemático com o envolvimento daqueles que ocupam os cargos mais altos da empresa com práticas ilícitas. [...] Se os líderes destinam tempo de suas agendas no convencimento sobre a observância das regras de compliance, é natural que os liderados, que muitas vezes se espelham naquele que está no topo para orientar suas próprias carreiras, entendam como adequadas as mesmas prioridades. O exemplo deve vir de cima e, exatamente por isso, não basta apenas apoiar, participar das reuniões e declarar entusiasmo nas comunicações de compliance – o líder máximo da organização deve incorporar os princípios éticos que sustentam o programa e praticá-los no cotidiano, não apenas para dar o exemplo aos demais, mas também para consolidar valores na companhia que dirige. A liderança ocupa posição de destaque desde a introdução do programa e assume a responsabilidade de dizer para toda a organização que a lei deve ser cumprida incondicionalmente, ainda que isso custe boas oportunidades de negócios ou impeça atingimento de metas. [...] Uma organização pode até possuir um programa de compliance bem elaborado, mas, se os seus altos executivos, principalmente em situações críticas, não moldarem suas condutas à mensagem que repetidamente é repassada aos demais funcionários, o programa jamais será efetivo. A situação fica ainda pior quando a liderança da corporação possui atributos éticos frágeis ou apresenta comportamentos inadequados, o que pode gerar consequências que vão desde a desmotivação da equipe e perda de talentos profissionais até à desvalorização real de mercado e à redução do faturamento da própria empresa.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 373-374).

<sup>211</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO37301...

<sup>212</sup> “It is the organization’s responsibility to exercise due diligence in selecting individuals in functions not related to compliance as well as for individuals responsible for administration and enforcement of the compliance program.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 90).

demonstração concreta de seu comprometimento, realizar o efetivo *due diligence* ou verificação cuidadosa prévia em relação ao(s) profissional(is) ou parceiro(s) responsável(eis) a fim de garantir sua idoneidade.

Em quarto, também é imprescindível a execução de verificações prévias ou *due diligences* em relação a todos os potenciais parceiros da organização e nos casos de fusão ou aquisição (externo/extrínseco). Isso não só para a própria sustentabilidade do sistema, dado que o contato com parceiros em não compliance pode fragilizar a busca pela manutenção de um ecossistema de compliance, mas também pelo fato da Lei nº 12.846 de 2013 prever a responsabilidade objetiva da organização em relação aos seus parceiros e respectivos prepostos<sup>213</sup>.

Em quinto, é absolutamente fundamental a existência de um código de conduta que, embora não resolva todos os problemas de não cumprimento da organização<sup>214</sup> e sequer pode ser a primeira providência do sistema<sup>215</sup>, pode ser tido como seu verdadeiro coração (interno/intrínseco):

<sup>213</sup> “Uma das principais consequências da responsabilidade objetiva estabelecida na Lei Federal brasileira nº 12.846/2013 envolve o relacionamento com terceiros, quais sejam, empresas que prestam serviços, advogados, despachantes aduaneiros, contadores, representantes comerciais, etc. Isso significa, em outras palavras, que, se um preposto da empresa contratada se envolver com corrupção, a empresa contratante será responsabilizada. Exatamente por isso é que as grandes empresas estão se preocupando também em trabalhar a cadeia de valor: se antes os terceiros eram utilizados para a prática de atos ilícitos a fim de mascarar responsabilidades, atualmente, por força da legislação vigente, os terceiros precisam passar uma tranquilidade mínima em relação às atividades que desempenham. Vêm daí as siglas da língua inglesa para parceiros ‘KYP’ (*Know Your Partners*) e fornecedores ‘KYS’ (*Know Your Suppliers*). Antes de estabelecer relações de negócio, cabe à diretoria de compliance a responsabilidade pela avaliação do perfil de risco dos pretendentes parceiros estratégicos, assim como sua participação e reputação nos mercados que atuam. Assim, para evitar a responsabilização da empresa por atos ilícitos eventualmente praticados por terceiros, é importante pesquisar o passado dos parceiros, verificar se esses terceiros possuem um programa de compliance efetivo implementado, realizar auditorias de compliance e até oferecer treinamentos a seus funcionários. [...] Na gestão de riscos, *due diligences* para fins anticorrupção têm sido o primeiro elemento a ser considerado antes de uma possível fusão ou aquisição.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 384-385); e “A utilização de terceiros nas relações entre a empresa e o setor público é fonte de grande risco para sua integridade, pois eles representam o interesse da empresa, ainda que não façam parte dos seus quadros ou não estejam diretamente subordinados a ela. De acordo com a Lei nº 12.846/2013, as empresas podem ser responsabilizadas por todos os atos lesivos praticados em seu interesse. Desta forma, contínuo monitoramento deve ser voltado para o controle das ações daqueles que podem praticar atos em benefício ou interesse da empresa, pouco importante a natureza de seu vínculo. [...] As fusões, aquisições e reestruturações societárias podem representar situações de risco, pois há possibilidade de a empresa herdar passivos de atos ilícitos praticados anteriormente à operação. Dessa forma, é importante que a empresa que não contribuiu para a ocorrência desses ilícitos esteja atenta a esse risco e adote bons procedimentos de verificação prévia.”. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 13).

<sup>214</sup> “The mere development of a code of conduct does not alone lead to improvements in the ethical and moral behavior of employees and management. In fact, experiences gained in the United States in recent decades confirm that strategies need to be developed to successfully implement codes of conduct in such a way that the behavior of all members of an organization changes.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 35).

<sup>215</sup> “Deve ser elaborado, após essas diligências preliminares e específicas, o código de conduta da empresa, o qual deve não apenas definir uma série de regras de comportamentos, a serem exigidos de todos os

Company-specific codes are a way of setting and communicating standards of conduct and constitute a core instrument of any ethics and compliance program. Academics as well as practitioners use different terms for codes of conduct, including code of ethics, code of business conduct, code of business standards, ethics guide, ethics code, employee manual, mission statement or value statement. The purpose is to make known what behavior is expected in respect to organizational norms. Codes of conduct are outlines of behavior that is expected to be followed by all individuals within the organization. They are a set of fundamental principles that can be used as a basis for operational requirements (things employees are required to do) as well as operational prohibitions (things employees are not supposed to do). Moreover, they provide methods for getting help or advice and procedures employees can follow to report violations. Employees should be guided towards the right ethical behavior in such a way that they know how to behave in ambiguous situations. The purpose of these sets of guidelines is to support employees and managers in their day-to-day decision-making process and to formulate rules that incorporate the organization's values and beliefs and apply to everyone within the organization irrespective of position.<sup>216</sup>

Podem ser definidos como documentos das organizações que perfazem os principais valores, padrões morais e os comportamentos éticos esperados pelos colaboradores, bem como traduzem teorias mais formais em diretrizes a serem adotadas pelos funcionários e diretores nos processos diários de decisão em que interagem entre si, com parceiros, acionistas ou entidades estatais<sup>217</sup>. Nessa perspectiva, ainda, um código de conduta efetivo é aquele que ajuda os agentes atuantes da organização e seus parceiros a compreenderem melhor todas as normas aplicáveis e em relação às quais se busca a conformidade, devendo ser escrito no difícil equilíbrio entre um conteúdo completo e uma linguagem simples e de fácil intelecção. Mesmo os colaboradores com mais alto grau de instrução e até com conhecimento específico nas áreas jurídicas e setoriais, podem se deparar com situações

---

colaboradores, inclusive gerentes e diretores da empresa, mas também refletir os princípios e valores da organização de modo claro e inequívoco. [...] Fica evidente, assim, que a elaboração código de conduta nunca poderá ser a primeira providência na implementação de um mecanismo de compliance, eis que ele depende sempre de um estudo preliminar, minucioso e bem elaborado que leva em conta as características do negócio que é realizado por aquela organização, a quantidade de funcionários, a região onde a empresa está geograficamente localizada, etc. É de nenhum valor um código de conduta que simplesmente reproduz o documento já adotado por outra corporação ou utiliza um modelo geral colocado à disposição para cópia, até porque cada empresa possui suas próprias particularidades.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 375).

<sup>216</sup> WULF, Katharina. op. cit., p. 19-20.

<sup>217</sup> “Codes of conduct can be defined as commitments voluntarily made by organizations, industries, or professions to specific beliefs, values, and action and/or set out appropriate ethical behavior for employees. They are a written, distinct, and formal document which consists of moral standards used to guide employee and corporate behavior. Codes should translate formal theories of ethics into guidelines for employees and managers which they can implement and apply in their day-to-day decision-making processes when dealing with each other, with shareholders, or with stakeholders.” (Idem, p. 20).

concretas ambíguas ou em que os limites entre integridade e não integridade ou legalidade e ilegalidade são muito próximos. Os códigos de conduta podem servir de importante norte nessas situações<sup>218</sup>. Além disso, há um ganho consistente em relação aos comportamentos observados no seio da organização, com o estabelecimento de padrões comportamentais mais confiáveis e previsíveis<sup>219</sup>. Em síntese, é possível dizer que os códigos de conduta possuem três principais funções: (i) reduzir as ambiguidades de comportamento e a complexidade da tarefa de conformidade; (ii) estabelecer padrões íntegros de comportamento<sup>220</sup>; e (iii) o estabelecimento de padrões que sejam significantes para a organização.

Em sexto, é muito importante que a organização dedique esforços à comunicação e ao treinamento frequente dos seus colaboradores (externo/extrínseco). A ideia não é só demonstrar na prática e de forma efetiva o comprometimento próximo da organização com o compliance, mas esclarecer aos colaboradores, de forma simples e sintetizada, em especial, (i) quais são as normas e procedimentos internos, (ii) quais os principais pontos normativos que a tarefa de conformidade está associada (v.g. leis, regulamentações setoriais, precedentes judiciais pertinentes, etc.), (iii) como devem agir diante de situações ambíguas ou em que os limites entre posturas íntegras e não íntegras forem muito sensíveis (v.g. a quem devem buscar validação da decisão, etc.), (iv) quais os canais para reportarem uma situação de

<sup>218</sup> “Existing laws, regulations, and policies are often complex and difficult to understand and apply to a large range of industrial fields. Codes of conduct are supposed to help individuals related all applicable laws and policies to the specific areas relevant to an organization. If the “jungle” of laws and regulations is reduced to a single document, employees can easily obtain the information that is most important for their daily work. However, organizations must ensure that their code is written in plain and simple language so that employees of any level can understand it (Schwartz et al. 2000: 12). Employees cannot be expected to know all the laws and regulations pertaining to their work. They also cannot be expected to be aware of all ethical ambiguities they might face in their position. But if employees are informed of relevant ethical and legal issues, they will more likely question unethical or illegal behavior and ultimately do the right thing in an ambiguous situation (Trevino et al. 1999: 133f). Even if individuals have a good sense of which behaviors are ethical and which are dishonorable or illegal in society, they may still sometimes be confronted with a situation in which they do not know how to behave correctly. Occasionally individuals are pushed into a situation in which they are uncertain how to distinguish between ethical and legal conduct and unethical and illegal conduct. Organizations use codes to prescribe rules of conduct that they expect their employees to observe. These rules may guide employees in ambiguous situations to do the right thing, i.e. to behave in an ethical correct manner in the interest of the organization.” (Idem, p. 72).

<sup>219</sup> “Implementing codes of conduct may lead to the establishment of reliable or predictable behavior within an organization. Behavioral norms for problems that often arise become generally accepted, and the need to control the behavior in conflict situations is reduced. If the members of an organization agree on a standardized code of conduct, they can adjust their behavior according to it. Certain behavioral patterns thus become representative for the members of an organization. These members tend to imitate the behavior that is characteristic of the organization to which they belong (even if they are uncertain about the correctness of their behavior).” (Idem, p. 73).

<sup>220</sup> Na ótica do compliance e responsabilidade criminal, em especial no tocante à omissão penalmente relevante, parece interessante notar o quanto relevante o conteúdo de um código de conduta da organização pode ser, sobretudo se o imputado tiver ciência inequívoca de suas responsabilidades internas e sobre o que podia e devia agir.

violação de integridade e como fazê-lo, e (v) quais as consequências práticas para a organização e para o colaboração em caso de uma postura em desconformidade<sup>221</sup>. Mais uma vez, em referência exemplificativa à ISO 37301:2021, o documento diz que as organizações devem promover a capacitação das pessoas pertinentes ao sistema de gestão, de modo adequado às funções e riscos de compliance que estão relacionadas, com a avaliação de sua eficácia e sua revisão periódica<sup>222</sup>.

Em sétimo, ainda em relação aos colaboradores, é de suma importância a criação dos chamados canais de denúncia, canais abertos com o compliance ou *hotlines* (interno/intrínseco). Também nesse aspecto é muito importante o estudo da figura do *whistleblower*<sup>223</sup>. São mecanismos voltados a possibilitar que os colaboradores relatem a ocorrência de irregularidades ou riscos à conformidade, fazendo com que eles próprios auxiliem na tarefa de fiscalização e sintam pertencentes da própria busca pelo compliance. Para efetividade desses mecanismos, é imprescindível que a identidade do colaborador que relata o problema seja preservada ou anonimizada e que as informações sejam tratadas como confidenciais de modo que ele não tema qualquer risco de retaliação. Além disso, é importante, como dito, que os colaboradores sejam devidamente treinados e encorajados em

<sup>221</sup> “The fourth element requires that organizations have ‘taken steps to communicate effectively its standards and procedures to all employees and other agents, e.g., by requiring participation in training programs or by disseminating publications that explain in a practical manner what is required’ [...] The goal is to sensitize employees to the organization’s commitment to lawful conduct. The basic element of employee training is the development of a code of conduct in which organizations can define their policies and procedures. Additionally, organizations have training programs and publications such as newsletters, posters, or dedicated websites for compliance matters. Training programs help organizations make employees familiar with the content of the code of conduct and other applicable policies. Furthermore, they give employees tools to apply in ambiguous situations and provide them with guidance for when they encounter a violation of law or the code. Training programs also provide all personnel with contact information or available reporting channels in case they want to report a concern or observation. Additionally, they should explain to employees the consequences of violating the code or laws and sensitize them to the organization’s commitment to lawful behavior.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 90); “Diante do inventário de todas as leis e regulamentos a serem seguidos, da elaboração e publicização do código de conduta e da padronização das normas e procedimentos internos da empresa, faz-se necessário o constante treinamento dos funcionários, devidamente documentado, a fim de que ninguém possa alegar desconhecimento quanto ao devido cumprimento. Muito mais importante do que a quantidade é a qualidade do treinamento pois, em verdade, o que realmente importa é o seu conteúdo e os seus efeitos, os quais devem ser avaliados na percepção do comportamento ético e nas relações de causalidade entre aquilo que consta no código de conduta e o comprometimento dos dirigentes e empregados da respectiva empresa.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 377); e “O investimento em comunicação e treinamento é essencial para que o Programa de Integridade da empresa seja efetivo. Os valores e as linhas gerais sobre as principais políticas de integridade adotadas pela empresa, geralmente externalizados no código de ética ou conduta, devem estar acessíveis a todos os interessados e ser amplamente divulgados. Dirigentes, funcionários, e até mesmo, em casos apropriados, terceiros responsáveis pela aplicação das políticas, devem ser devidamente treinados.”. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 20).

<sup>222</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO37301...*

<sup>223</sup> “Whistleblowing is when a current or former member of the organization discloses illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employer to persons, organizations, or other parties that may be able to stop it. [...] It is often someone with courage and conviction who sometimes even puts his or her job on the line to stand up for what they believe in and do their ethical duty.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 52).

relação a esses canais. Por fim, devem receber o retorno das providências adotadas após a comunicação, a fim de garantir a sensação que de fato o canal é efetivo e que sua contribuição na fiscalização foi de alguma forma importante para a organização e para o programa de compliance em si<sup>224</sup>.

Em oitavo lugar, além da comunicação e dos treinamentos frequentes, é fundamental que o próprio sistema de gestão seja constantemente revisitado e aprimorado (interno/intrínseco). Isso passa (i) pela atualização das normas jurídicas, de governança e ética em relação às quais a conformidade se impõe; (ii) passa pela identificação das irregularidades apuradas para aperfeiçoamento dos possíveis pontos de falha, adequando procedimentos, políticas e treinamentos dos colaboradores e mitigando os riscos de que tais irregularidades

---

<sup>224</sup> “For an ethics and compliance program to be successful, employees must understand how they are to react if they are confronted with misconduct. Organizations must establish clear policies for employees on how to report misbehavior and who to contact if they observe a violation of law or if they have a question regarding an ethics and compliance issue. Employees should first use traditional channels to report suspected violations and contact their direct supervisor. However, employees might face a situation in which they need to report misconduct committed by their supervisor. To address this situation, organizations should implement reporting systems that allow employees to anonymously – or at least confidentially – report a violation of law. A reporting system helps employees report an observation or violation without fear of retaliation. [...] Organizations are required to implement appropriate reporting mechanisms that employees (and agents or independent contractors) can use to report criminal conduct without fear of retaliation. These reporting systems include helplines, online reporting systems, fax numbers or e-mail addresses. Organizations should first encourage employees to report misbehavior or violations of the code to their direct supervisor. To report misconduct, employees should be given the option to remain anonymous. It is the organization’s responsibility to ensure that all inquiries are kept confidential and followed up on. Regardless of the outcome, the reporter should always receive a feedback on his or her reporting. [...] to assess their compliance program’s effectiveness. It is functioning well if all employees are aware of the code of conduct, the reporting mechanisms, do not fear retaliation, have received training, and are aware of all disciplinary measures, and if any violations that may have occurred have been addressed properly.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 49-50 e 91-92); “É muito importante que os funcionários recebam o devido treinamento para que funcionem, também, na fiscalização dos colegas no que tange à observância e cumprimento dos regulamentos adotados, até porque, principalmente nas grandes empresas, é completamente impossível que cada funcionário seja vigiado durante todo o dia. Nessa linha, os canais de denúncias de irregularidades, também chamados de canais de comunicação, canais abertos com o compliance ou hotlines, constituem o instrumento próprio para que os próprios funcionários da empresa ou terceiros envolvidos na consecução de sua atividade possam fiscalizar (ou vigiar) a atuação dos demais atores e, assim, alertar sobre violações ou potenciais violações à lei ou a políticas internas da empresa constatadas no dia a dia da respectiva organização. [...] É importante que, para tanto, seja resguardada a identidade do comunicante e o conteúdo da denúncia seja recepcionado como dado confidencial. Denúncias anônimas devem ser admitidas pelo canal de denúncias e encaminhadas para o setor de compliance, o qual avaliará a verossimilhança para, se for o caso, deflagrar uma investigação.”. (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 377-378); e “Uma empresa com um Programa de Integridade bem estruturado deve contar com canais que permitam o recebimento de denúncias, aumentando, assim, as possibilidades de ter ciência sobre irregularidades. [...] Para garantir a efetividade de seus canais, é necessário que a empresa tenha políticas que garantam a proteção ao denunciante de boa-fé como, por exemplo, o recebimento de denúncias anônimas e a proibição de retaliação de denunciantes. A empresa pode também prever regras de confidencialidade, para proteger aqueles que, apesar de se identificarem à empresa, não queiram ser conhecidos publicamente” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 21).

ocorram novamente no futuro; e (iii) passa pela incorporação de novos métodos e melhores práticas, dentro do estado da técnica mais recente<sup>225</sup>.

Em nono lugar, sendo constatadas falhas de conformidade, desvios de condutas, posturas desajustadas aos mecanismos do programa ou irregularidades, é imprescindível que sejam aplicadas as sanções disciplinares e legais (civis, trabalhistas e criminais) cabíveis (interno/intrínseco). Nesse aspecto, o apoio do corpo jurídico interno ou de escritórios parceiros especializados é muito importante. A aplicação de sanções também é instrumento importante de demonstração da seriedade do programa e do verdadeiro comprometimento da organização com o compliance. Representam verdadeira prova positiva (i) para recado

---

<sup>225</sup> “The compliance program must be renewed and updated on a regular basis. Organizations cannot expect ongoing compliance and reductions in punishment in court if they simply develop a code of conduct, put up posters, and implement a compliance program. The program must be further developed and improved by taking them into account wrongdoing that has occurred. If, for example, organizations have noticeable violations of corporate policies such as a rash of employees downloading pornography and sending it around, they must include new policies in their code and have additional training for employees on the private use of company assets, i.e., the work computer. When misconduct occurs, organizations must conduct an investigation and modify their compliance program to prevent similar future violations.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 93); “São necessários procedimentos afetos à revisão periódica dos processos e procedimentos, o acompanhamento de planos de ação para a correção de desvios, a participação em reuniões dos funcionários das áreas de governança e a revisão dos resultados das análises de riscos. Deve-se, para tanto, estabelecer o plano anual de testes, inclusive com a indicação da metodologia a ser utilizada, a verificação da aderência dos procedimentos às políticas, a análise quanto à existência de aprovações necessárias, entrevistas e confirmação das informações prestadas e a validação de testes realizados em outras áreas. [...] Pelo monitoramento constante que é realizado naturalmente acabam sendo detectadas falhas e lacunas no programa do compliance. A partir daí deve ser investigada a origem do problema constatado, o que pode ser feito interna ou externamente. [...] Uma vez finalizada a análise da ocorrência e adotadas as providências disciplinares cabíveis, faz-se necessária a revisão dos controles internos e, eventualmente, a implementação de novos procedimentos mais rígidos para assegurar que aquela falha não se repita. Da mesma forma, uma vez detectada uma nova lei em vigor, o setor jurídico deve analisar sua incidência na organização, e o setor de compliance, por sua vez, deve verificar se os controles existentes já são suficientes para garantir o cumprimento da nova legislação ou se haverá a necessidade de adaptações ou de criação de novos sistemas de controle.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 386); “A empresa deve elaborar um plano de monitoramento para verificar a efetiva implementação do Programa de Integridade e possibilitar a identificação de pontos falhos que possam ensejar correções e aprimoramentos. Um monitoramento contínuo do Programa também permite que a empresa responda tempestivamente a quaisquer riscos novos que tenham surgido. O monitoramento pode ser feito mediante a coleta e análise de informações de diversas fontes, tais como: relatórios regulares sobre as rotinas do Programa de Integridade ou sobre investigações relacionadas; tendências verificadas nas reclamações dos clientes da empresa; informações obtidas do canal de denúncias; relatórios de agências governamentais reguladoras ou fiscalizadoras. Além da análise de informações existentes, a empresa pode, por exemplo, testar por meio de entrevistas se os funcionários estão cientes sobre os valores e políticas da empresa, se seguem os procedimentos estipulados e se os treinamentos têm trazido resultados práticos.” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 23-24); e “Pode-se inferir que um programa de integridade condizente com a complexidade deve possibilitar que ele mesmo traga novos insumos que, por melhorias contínuas fundadas no aprendizado, permitam a sua qualificação. Uma etapa alimenta a outra. Observando-se o programa a partir de qualquer um dos processos permite ter uma visão do conjunto de interações, onde os princípios e valores de integridade organizacional alimentam as melhores práticas do negócio que, por sua vez, farão parte de todos os sistemas e processos de gestão organizacionais que, por órgãos e instrumentos de avaliação e monitoramento contínuos será possível verificar o sistema associado às ferramentas de comunicação e denúncia que retornam para o programa como novas irritações em um sistema já sensibilizado.” (WITTMANN, Cristian Ricardo. op. cit., p. 247-248); “Por último, dicho proceso de gestión de riesgos debe llevarse a cabo de forma continuada, pues la empresa debe poder conocer lo antes posible de la existencia de nuevos riesgos o la intensificación de los ya existentes para poder responder convenientemente.” (VILA, Ivó Coca. op. cit., p. 57).

institucional interno, servindo de exemplo, e (ii) para benefício e mitigação de sanções a pessoa jurídica. Por exemplo, no caso da Lei nº 12.846 de 2013, como mencionado em item próprio desse primeiro capítulo, a aplicação efetiva do programa de integridade é critério a ser considerado na responsabilidade administrativa da pessoa jurídica (art. 7º, VIII). Também, como exemplo extraído do ordenamento jurídico brasileiro, no contexto das tecnologias da informação, a LGPD coloca o programa de compliance efetivo como critério de aplicação das sanções nela previstas (art. 52, §1º). Tais medidas devem ser aplicadas de forma proporcional e sem critérios de privilégio em razão da função ou cargo exercido. Qualquer processo de blindagem ou discriminação ou ainda qualquer tentativa de esconder as irregularidades praticadas prejudicará a efetividade do programa, resultando na sensação de falta de seriedade tanto internamente quanto para as autoridades de fiscalização do sistema<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> “Organizations must implement adequate disciplinary measures for violations of laws, regulations, and the code of conduct. Adequate discipline of the personnel responsible for an offense is a crucial component of enforcement. To implement this consistently across the company, organizations usually have at least one function or department to which they report all violations so there is comprehensive oversight across all functions. The compliance office should collect all violations and then inform the board of directors and senior management. Since wrongdoings differ in type, circumstances, and impact on the business, organizations must adjust their actions depending on the case. Nevertheless, it is important to apply the same disciplinary procedures across the company regardless of the individuals’ status or hierarchy within the company. Not holding all individuals to the same high ethical and legal standards will undermine any compliance program. To have an effective program that is generally accepted, all employees – from highly educated professionals to blue-collar workers – must be treated the same way and disciplined with the same actions.” (WULF, Katharina. op. cit. 92); também Marcelo Zenkner, com referência a Michel Foucault, diz “Ainda segundo Michel Foucault, um outro instrumento a ser utilizado para alcançar o ‘bom adestramento’ é a chamada ‘sanção normalizadora’, pela qual se estabelece um sistema de punição para aqueles que, mesmo vigiados, praticam desvios de conduta. O objetivo da técnica seria duplo: não apenas moldar aqueles que são sancionados a determinado padrão de comportamento, mas também os demais no sentido de fazer com que todos observem e sigam o mesmo modelo. Assim, diante da ilicitude ou mera irregularidade devidamente comprovada é fundamental sejam sugeridas pelo setor de compliance as providências cabíveis, incluindo-se as disciplinares previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e no próprio contrato de trabalho. Essa indicação sugestiva deve ser reportada à alta administração da empresa, pois é esta que tem a responsabilidade de adotar, sem sigilo, as medidas adequadas que o caso concreto exige, mas, ao mesmo tempo, com a necessária cautela em evitar constrangimentos para o funcionário, a fim de que seja demonstrada a seriedade do mecanismo e o caso sirva de exemplo aos demais colaboradores da organização.” (ZENKNER, Marcelo. op. cit., p; 382); e “A previsão de aplicação de medidas disciplinares em decorrência da violação de regras de integridade é importante para garantir a seriedade do Programa, não se limitando a um conjunto de regras ‘no papel’. Ainda mais importante é a certeza da aplicação das medidas previstas em caso de comprovação da ocorrência de irregularidades. [...] As punições previstas devem ser proporcionais ao tipo de violação e ao nível de responsabilidade dos envolvidos. Deve existir também possibilidade de adoção de medidas cautelares, como o afastamento preventivo de dirigentes e funcionários que possam atrapalhar ou influenciar o adequado transcurso da apuração da denúncia. Deve-se garantir que nenhum dirigente ou funcionário deixará de sofrer sanções disciplinares por sua posição na empresa. Isso é essencial para manter a credibilidade do Programa de Integridade e o comprometimento dos funcionários. É preciso que se perceba que as normas valem para todos e que todos estão sujeitos a medidas disciplinares em caso de descumprimento.” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade...*, p. 22); “Toda adecuada organización en Compliance precisa de la configuración de un sistema de supervisión y sanción. La infracción de una norma no queda solventada con la detección del infractor y su sanción, sino que además, es obligada la revisión del sistema hasta detectar el error y establecer las medidas oportunas para solventarlo.” (VILA, Ivó Coca. op. cit., p. 59).

Sobre o ponto de aplicação de sanções, ainda dois pontos são importantes. Em primeiro lugar, considerando que na realidade contemporânea são altamente prováveis as chances de que as irregularidades ocorram por meios digitais ou que esses sirvam como instrumento de demonstração das falhas de conformidade, é imprescindível que as áreas responsáveis pelas investigações internas atuem de forma consciente na preservação da autenticidade, da integridade e da cadeia de custódia da prova. Em segundo lugar, é preciso ter em mente que na aplicação das sanções deve ser observado o devido processo legal, dentro da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com respeito à ampla defesa e contraditório, desde que isso não prejudique as próprias investigações<sup>227</sup>.

Ainda, como décimo ponto, é muito importante a estruturação de área interna da organização vocacionada ao desenvolvimento dos mecanismos do sistema de gestão, em especial sua institucionalização e atualização, direcionamento de comunicação e treinamento, instauração das apurações necessárias, endereçamento da aplicação de sanções se for o caso, etc. (externo/extrínseco). Normalmente essa área é comandada pela figura do Chief Compliance Officer – CCO. Para seu melhor funcionamento e que exista a possibilidade efetiva de que a área atenda às suas funções, fomentando o ecossistema de manutenção de integridade, é fundamental que essa área goze de autonomia suficiente para que possa direcionar as questões com o compromisso que precisam ser direcionadas. Como pondera

<sup>227</sup> Se inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos como instrumentos de defesa dos particulares frente ao Estado, perfazendo limites jurídicos à atuação do Estado (*eficácia vertical*), os mesmos direitos fundamentais, e entre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, passaram a ser reconhecidos como de observância necessária nas relações entre particulares (*eficácia horizontal*). Um dos casos mais relevantes reconhecidos por resultar nessa aplicação é o conhecido caso *Lüth*, da Alemanha. O caso tem o nome de Eric Lüth, ex-presidente do clube de imprensa de Hamburgo que iniciou defesa pública de que fosse feito um boicote ao filme *Unsterbliche Gelibe*. A empresa responsável pela produção do filme recorreu ao Tribunal de Hamburgo para que cessassem as manifestações, o que foi acolhido. Eric Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que reformou a decisão sob o fundamento de que a sentença não observou, em eficácia horizontal, o direito fundamental de Lüth à liberdade de expressão (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., rev., ampl. e atual., Salvador : Editora Juspodivm, 2014, p. 346). No Brasil, assim reconhece a jurisprudência do STF e do STJ: STF, RE nº 158.215/RS, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 30.04.1996, DJ 7.06.1996; STF, RE nº 201.819/RJ, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006; “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas de direito privado, tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas.” (STF, Ag no RE com Agravo nº 1.008.625/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.03.2017,DJe 18.04.2017); STJ, REsp nº 1.280.871/SP e REsp nº 1.439.163/SP Repetitivos, 2ª S., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, j. 11.03.2015, DJe 22.05.2015, Informativo nº 562; STJ, REsp nº 1.365.279/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.08.2015, DJe 29.09.2015, Informativo nº 570; STJ, REsp nº 1.330.919/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2016, DJe 18.08.2016, Informativo nº 588; STJ, REsp nº 1.713.426/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 04.06.2019, DJe 07.06.2019; STJ, REsp nº 1.699.022/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2019, DJe 01.07.2019; STJ, EDcl no REsp nº 1.630.659/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 27.11.2018.

Marcelo Zenkner: “Isso é fundamental para assegurar a liberdade e a imparcialidade na investigação dos assuntos que cheguem ao seu conhecimento pelo canal de denúncias ou outros meios de informação.”<sup>228</sup>.

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro também demonstra a preocupação com a existência de um sistema de gestão de compliance efetivo e não meramente formal, incorporando todos esses elementos. Destacadamente, o Decreto nº 8.420 de 2015, em seu art. 42, traz esses elementos como parâmetros de avaliação de existência e aplicação do programa de integridade, cf. denominação de lógica estrita que o texto normativo adota<sup>229</sup>.

## 2.6 Resultados parciais

A proposta desses dois primeiros capítulos da pesquisa é estabelecer as bases mais relevantes para o raciocínio proposto sobre o compliance. Nessa perspectiva, esse primeiro capítulo teve por escopo estudar conceitos e definições fundamentais sobre o compliance, suas bases mais fundamentais e algumas questões a elas associadas.

---

<sup>228</sup> ZENKNER, Marcelo. op. cit., p. 374.

<sup>229</sup> “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.”.

Assim, em nota conclusiva desse primeiro capítulo, que o compliance surge e tem sua tendência de crescimento a partir de uma evolução histórica da relação entre o Estado e o capital, com a percepção e reconhecimento daquele da insuficiência e inefetividade de normas jurídicas programáticas e de responsabilização de direcionamento econômico, assim como do próprio Direito Penal Econômico, com a transferência para o particular da tarefa de evitar a ocorrência de ilícitos. Caminhando junto a essa evolução, o compliance também ganha destaque a partir de um direcionamento em cenário internacional pautado, principalmente, pelas agendas de busca pela manutenção da saúde dos sistemas econômico-financeiros e de combate às práticas de corrupção. Agrega-se a essa dinâmica, ainda, a formatação da sociedade contemporânea caracterizada como a sociedade do risco, da informação e constantemente transformada pela quarta revolução industrial.

Por compliance, cujo termo advém da locução verbal de língua inglesa *to comply*, é possível compreender a ideia ou um conjunto de atos em procedimento vocacionados a promover constantemente o pleno ajuste de comportamento das pessoas jurídicas e seus colaboradores aos deveres normativos, prevenindo riscos de responsabilização administrativa, civil e criminal, bem como de prejuízos à imagem, marca e nome dos envolvidos na atividade.

Seguindo na proposta de mapear a questão no Brasil, foram estudadas a Lei nº 12.846 de 2013 e o Decreto Regulamentador nº 8.420 de 2015. Destacadamente, foi possível verificar que a Lei estabelece a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por ato lesivo à Administração Pública. E embora ela apresente alguns elementos estruturantes similares à estrutura dogmaticamente utilizada em leis penais, essa responsabilidade é de ordem civil e administrativa. Estabelece sanções muito significativas e importantes do ponto de vista financeiro e, sobretudo, reputacional que justificam a preocupação sensível das organizações no País com a tarefa de conformidade sua promulgação. O Decreto nº 8.420 de 2015, que regulamenta em âmbito federal a responsabilização administrativa, e a Controladoria-Geral da União – responsável pelo Processo Administrativo de Responsabilização – PAR em âmbito federal – têm papel fundamental nesse processo.

Para aplicação das sanções, uma série de critérios é levada em consideração, destacando-se que a existência de um sistema de gestão efetivo não é dever legal, mas critério a ser positivamente considerado nessa dinâmica. Além disso, parece ser possível classificar os critérios em ao menos três grupos: um primeiro formado pelos parâmetros relacionados ao próprio ato lesivo, um segundo relativo à própria situação econômica da pessoa jurídica, e um

terceiro grupo relacionado ao que pode ser entendido como uma postura positiva da organização em relação à tarefa de conformidade.

Após, se a temática envolve elementos de direcionamento econômico e a própria intervenção jurídica nessa seara, para coerência do estudo, estudou-se os principais diplomas jurídicos dos demais países do MERCOSUL, no caso Argentina, Uruguai e Paraguai.

Na sequência, na busca do melhor entendimento do compliance, também é importante o estudo das principais ideias que lhe dão fundamento: (i) autorregulação regulada; (ii) governança corporativa (e nela accountability; transparência; e enforcement); e (iii) responsabilidade social e ética empresarial.

Quanto à autorregulação regulada, essa não se trata de uma resposta a alguma intenção de desregulamentação, mas como um aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo na própria intervenção do Estado no domínio econômico, com a participação direta do particular nessa tarefa, sobretudo porque a complexidade das estruturas sociais e o desenvolvimento tecnológico tornaram modelos e sistemas gerais de heterorregulamentação ineficientes. Concretamente, o mecanismo de autorregulação regulada se manifesta, especialmente: (i) pelo estabelecimento pela empresa de regulamentos e normas de condutas internas; (ii) pela melhoria ou aprimoramento dos sistemas de informação; (iii) pela própria estruturação interna da empresa com a designação de áreas e profissionais vocacionados e dedicados especificamente a implementar os mecanismos de autorregulação, fiscalizar os comportamentos internos e buscar dedicadamente a tarefa de conformidade; e (iv) pela existência de um controle externo que audite, certifique e valide – de forma independente – a idoneidade do sistema de autorregulação. Nessa perspectiva e como visto, ora a autorregulação regulada se apresenta como ferramenta de potencialização das chances de manutenção da organização em conformidade, ora se apresenta como o próprio estar em conformidade, ao passo que assim o faz o Estado com determinações específicas nesse sentido.

Em relação à governança corporativa, essa foi desenvolvida historicamente para sanar ou mitigar ao menos cinco problemas presentes nas grandes organizações: (i) os conflitos de agência, relacionados às divergências decorrentes da separação entre quem detém a propriedade da pessoa jurídica e quem efetivamente a administra; (ii) os custos de agência, que são os custos decorrentes dessa mesma separação; (iii) o problema dos direitos

assimétricos dos agentes atuantes; (iv) a necessidade de alinhamento dos interesses envolvendo todos os stakeholders; e (v) o estabelecimento das chamadas forças de controle (externas ou internas).

Viu-se que não há uma fórmula ou um modelo estanque de governança, mas sim a ideia de que o aperfeiçoamento da estrutura e da gestão estarão alinhados ao próprio modelo de negócio e à atividade desenvolvida. Nessa perspectiva, as ideias relacionadas à governança têm natureza principiológica e os principais documentos internacionais e nacionais trazem normas com essa característica. Os princípios permitem a maleabilidade e o ajuste das estruturas de governança às configurações de cada organização. As chamadas boas práticas de governança são, dentro dessa ideia, a conversão concreta de todos esses princípios em documentos, políticas internas, códigos de ética e recomendações objetivas pela organização.

Nesse contexto, destacam-se, sobretudo, os princípios da transparência e da prestação de contas (accountability). Com a transparência tiram-se os véus sobre a atividade exercida, permitindo o conhecimento sobre sua estruturação e exercício. Pela accountability há a auditabilidade da própria atividade transparente, viabilizando o controle e a fiscalização das tarefas internas de conformidade. A accountability se dá, concretamente, por meio da auditabilidade das informações inerentes à atividade. As auditorias, nessa perspectiva, representam a revisão ou *double check* das atividades – abertas pelos mecanismos de transparência - por parte de terceiro imparcial e revestido de credibilidade. Também tem por vocação assegurar que a disputa se dê em regras equânimes. A ideia é que, por meio da fiscalização das atividades, sendo todas auditáveis, existam condições iguais para o jogo da competitividade. De igual importância, ainda, as medidas de enforcement relacionadas às forças de controle externas e internas.

A governança corporativa e seus princípios têm, assim, a vocação de aperfeiçoar a estrutura e a gestão das organizações, de modo que, a partir dessa ideia, tem verdadeira relação instrumental com o compliance. Seus princípios e pilares conferem efetividade e seriedade à tarefa de conformidade, seja porque tais pilares são, em si, os deveres legais a serem observados, seja porque seus princípios e pilares viabilizam o aperfeiçoamento estrutural e de gestão das organizações, aprimorando, por consequência, a própria busca pela conformidade jurídica. Em paralelo, manifestando-se o fenômeno em uma via de mão dupla, as estruturas de compliance e conformidade concretizam na prática e no modelo de atividade negocial posta os princípios de governança corporativa delineados.

Também como fundamentos do compliance, foram verificadas as ideias de responsabilidade social e ética empresarial. A primeira atrelada à percepção de que as organizações devem deixar de ser meros agentes executores de suas próprias atividades para também serem agentes atuantes no desenvolvimento econômico, jurídico e social coletivo. A segunda, ao seu turno, está atrelada à ideia de que o comportamento da própria organização e dos agentes que ela presentam e representam deve ser pautado pelos valores morais e éticos esperados ou desejados pela coletividade. Quanto ao compliance, também há em relação a essas duas ideias fundamentais uma relação de retroalimentação intelectiva em que ideias permitem a compreensão das outras e vice-versa. O compliance ou a conformidade com as normas postas contribui para uma visão de que a organização é uma boa participante social comprometida com os interesses da coletividade. Em contrapartida, as ideias de responsabilidade social e ética empresarial parecem pressupor e clamam pela adoção de um compliance efetivo pela organização para alcançarem seus objetivos.

Por fim, como instrumento ou mecanismo que concretiza todas as ideias que se procurou difundir ao longo do primeiro capítulo, tem-se o Sistema de Gestão de Compliance. É por meio dele que a organização implementa padrões que são significantes para sua própria existência e sucesso, bem como estabelece e adota os mecanismos que, de forma coerente, contínua e integrada, se retroalimentam em prol da criação e manutenção de um ecossistema virtuoso e próprio da organização em prol da tarefa de conformidade.

Faz-se necessário que o desenvolvimento de um sistema dessa natureza não seja meramente formal, inefetivo e não comprometido com a potencialização da integridade e conformidade para o exercício das atividades pela organização. Para evitar essa situação ou sensação de que isso ocorre, com a ideia de que a organização não está de fato e efeito comprometida com a tarefa de conformidade, foram desenvolvidos ao menos dez instrumentos ou grupos práticas que devem ser observados por toda pessoa jurídica para que se tenha um compliance efetivo: (i) o desenvolvimento do sistema deve ser contextualizado e específico para a realidade da organização, com o mapeamento de todos os riscos e das práticas culturais existentes - deve, nessa perspectiva, ser personalizado e artesanal; (ii) o sistema deve contar com o comprometimento e apoio da alta administração da organização; (iii) é importante que quem ficará responsável mais diretamente pela formatação e execução do sistema tenha a qualificação devida para tanto; (iv) também é relevante a execução de verificações prévias ou due diligences em relação a todos os potenciais parceiros da organização e no casos de fusão ou aquisição; (v) a existência de um código de conduta que

reduza as ambiguidades de comportamento e a complexidade da tarefa de conformidade, que estabeleça padrões íntegros de comportamento e estabeleça padrões que sejam significantes para a organização; (vi) devem ser dedicados esforços à comunicação e ao treinamento de colaboradores; (vii) a criação dos canais de denúncia ou hotlines com a preservação da identidade do noticiante e o devido retorno da providências adotadas; (viii) o sistema deve ser constantemente revisitado e aprimorado; (ix) a aplicação das sanções disciplinares e legais se devidas; e (x) a estruturação de área interna da organização vocacionada ao desenvolvimento dos mecanismos do sistema de gestão, devendo ser dotada de autonomia e estar respaldada pela alta administração.

### 3 UMA TEORIA JURÍDICA DE DIREITO PENAL ECONÔMICO AUTÔNOMA E SEU PERFIL

#### 3.1 Nota introdutória

Nos dois primeiros capítulos, a pesquisa procurou se dedicar às ideias mais relevantes para entendimento do compliance como produto histórico, seus principais fundamentos (autorregulação regulada, governança corporativa, responsabilidade social e ética empresarial) e o estudo de um sistema de gestão de compliance que apresente um compliance funcional e real, e não apenas formal.

O ponto de partida desse terceiro capítulo, que dá sequência à pesquisa e às buscas das respostas, está associado a três principais premissas que parecem que podem ser extraídas da primeira parte do trabalho: (i) parece haver relação histórica entre o compliance e a criminalização de atividades econômicas; (ii) o compliance e o chamado Direito Penal Econômico estão sustentados, destacadamente, no seio das atividades econômicas, daí porque parece ser possível dizer que ambas as ideias representam, cada uma no seu escopo, uma manifestação da intervenção do Estado na economia; e (iii) o compliance tem dinâmica e fundamentos que lhes são peculiares e que apresentam instrumentos e complexidades próprios.

A partir dessas premissas, com o terceiro e o quarto capítulo, a pesquisa passará a propor a discussão se a teoria jurídica de Direito Penal basta por si, com os elementos dogmáticos da forma como são tradicionalmente conhecidos ou se as complexidades próprias da criminalidade econômica e do compliance impõem a necessidade de reconhecimento de uma Teoria Jurídica própria de Direito Penal Econômico. Em sendo necessária tal teoria jurídica, a pesquisa proporá o entendimento de seu perfil, sua formatação, se essas mesmas complexidades influenciam seu conteúdo e como isso ocorreria.

Em outras palavras, é entender se o Direito Penal e seus elementos dogmáticos, em seus perfis tradicionais, confortam ou não juridicamente às complexidades próprias do compliance e da criminalidade econômica. Se não, entender como esse conforto dogmático e

jurídico poderia se estruturar e se operacionalizar a partir de uma teoria jurídica própria que goze de autonomia para tanto.

Conforme preocupação tratada na introdução do trabalho, poderia parecer desajustado estudar algo com tamanho viés prático (compliance) com elementos de uma teoria (abstração do conhecimento). Porém, também como indicado inicialmente, a proposta do trabalho é tentar responder aos problemas científicos de sua origem em uma abordagem teórico-prática, sobretudo considerando que ambos os fenômenos, como dito, coexistem na contemporaneidade.

Inclusive, nesse sentido, considerando que a prática do compliance se desenvolve de forma contextual e destacadamente no exercício das atividades econômicas e as premissas identificadas nos dois primeiros capítulos, as práticas criminais nelas desenvolvidas não parecem poder, *a priori*, ser entendidas dentro do que pode ser chamado, para fins desse trabalho, de Direito Penal Geral. Parece ser necessário reconhecer que alguns temas e elementos dogmáticos de Direito Penal assumem feição de certa forma distinta a partir das condutas e comportamentos praticados no bojo das atividades econômicas e propostos pelo compliance. Esse terceiro capítulo tem também o objetivo de confirmar essa impressão.

Confirmação da autonomia, aliás, que pode refletir na esperada compreensão diferente dos elementos de Direito Penal seja em relação à própria técnica legislativa<sup>230</sup>, como v.g. na adoção mais comum de leis penais em branco, seja em relação à aplicabilidade da norma penal, como v.g. nas dificuldades de compreensão concreta da responsabilidade

---

<sup>230</sup> É o que reconhece Heloísa Estellita: “A vetorialidade e instabilidade das normas econômicas recomenda a criação de tipos penais aptos a acompanhar a agilidade da vida econômica. Recomenda-se, preferencialmente, o emprego das normas penais em branco, dos tipos de perigo, dos elementos normativos e das cláusulas gerais, da supressão de qualificadoras do elemento subjetivo do tipo.”. (Tipicidade no direito penal econômico. In PRADO, Luis Regis. DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal econômico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 170). Também em certa medida o que explica Vicente Bagnoli ao discorrer sobre a autonomia científica do Direito Econômico, que passa por normas de mobilidade e dinâmica especiais: “As normas de Direito Econômico caracterizam-se por uma mobilidade e dinâmica especiais para a realização de fins socioeconômicos que às afastam da imobilidade institucional da concepção clássica do Direito Positivo. As normas em Direito Econômico possuem conteúdo econômico, são normas: programáticas que enunciam e orientam; premiais, que estimulam e incentivam; e objetivas, que definem políticas públicas.”. (op. cit., p. 56). No Direito Penal Econômico, a fim de compatibilizar essa mobilidade e dinâmica próprias do Direito Econômico com o princípio da legalidade indissociável do Direito Penal, adota-se comumente a técnica das normas penais em branco, a respeito da quais ainda se tratará nesse tópico.

penal<sup>231</sup>, ou mesmo, ainda e como será proposto adiante, a própria responsabilização penal de alguns personagens dessa dinâmica, como no caso do compliance officer.

Posto isso, se o entendimento do compliance ou da tarefa de conformidade jurídica passa também pela melhor compreensão jurídica penal das práticas que se desenvolvem nessa seara, e se a pesquisa tem por objetivo também possibilitar a percepção ampla do cenário em que as principais questões de compliance se desenvolvem – notadamente em um repositório social de criminalidade econômica – parece mais uma vez também se justificar o estudo sobre o desenvolvimento ou reconhecimento de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico, inclusive em capítulo autônomo, pois, de forma relevante, contribui indissociavelmente com a inteligência do objeto de estudo<sup>232</sup>.

### **3.2 Uma teoria a ser construída a partir da lógica orbital de seus elementos: a definição histórica e conceitual do direito penal econômico e a identificação do bem jurídico tutelado**

A identificação da existência de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico, inclusive como começo de resposta aos problemas científicos indicados, parece passar pela necessária identificação ou reconhecimento se há autonomia dessa em relação aos elementos de Direito Penal – ou se esses elementos assumem certa feição própria no contexto do

<sup>231</sup> A exemplo, é o que identifica Jesus María Silva Sanchez sobre a dificuldade dogmática de responsabilização de agentes envolvidos em estruturas hierárquicas: “El paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado. Si se parte de este modelo, la concurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produce algunas distorsiones. [...] La disociación entre ‘acción y responsabilidad’. En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso, en un estado de falta de autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2. ed. ampl. e actual., Madrid : Edisofer S. L., 2016, p. 7)

<sup>232</sup> Assim, para fins metodológicos, qualquer estudo passa pela compreensão da própria atividade estudada: “A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também comprehendê-los, isto é, conhecê-la a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação de um método decorre do significado, da especificidade estrutural do objecto que por meio dele deve ser elucidado.” (LORENZ, Karl. *Metodología da ciencia do direito*, 3. Ed. trad. de José Lamego, Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, Prefácio XXII). E, se as principais práticas atreladas ao compliance criminal e digital se dão no exercício da atividade econômica, parece natural a contribuição do Direito Penal Econômico, enquanto teoria, para o estudo.

compliance e da criminalidade econômica<sup>233</sup>. Esses parecem ser os instantes em que uma teoria se descola de outra e passa a se manifestar com autonomia. Restaria saber, então, se em relação à Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico esse é um fenômeno que se manifesta a confirmar a hipótese científica levantada.

Nesse caso, a resposta parece ser positiva<sup>234</sup> e esse tópico será dedicado a tentar estabelecer como essa autonomia se manifesta, especialmente com uma possível definição histórica e conceitual de Direito Penal Econômico e o entendimento sobre bem jurídico penalmente tutelado, o que aliás, parecem ser conceitos interligados de forma embrionária.

Desde logo, cumpre dizer que essa autonomia parece se manifestar de forma parcial. Isso porque, logicamente, embora elementos do Direito Penal assumam outra feição ou aplicabilidade<sup>235</sup>, por assim dizer, ou mesmo algumas técnicas sejam utilizadas com mais frequência (como, por exemplo, a utilização de leis penais em branco ou a previsão de crimes

<sup>233</sup> Inclusive, como oportunidade para, se não resolver, reviver questões que o Direito Penal Econômico traz consigo: “El Derecho Penal Económico trae consigo una serie de dificultades en las que hay que hurgar profusamente y con sumo cuidado, dada la delicadeza del tema: la dañosidad de los delitos económicos, los tipos penales en blanco, los delitos de peligro (concreto y abstracto), ineficaz represión, la ‘cifra negra’ en esta clase de delitos, el poder económico de los potenciales delincuentes económicos, la cuestión procesal (y el famoso requisito de procesabilidad), e, sobre todo, el bien jurídico que se tutela.” (CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico en los delitos económicos. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal económico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 545).

<sup>234</sup> Essa importância e autonomia já é há muito identificada, em razão das características próprias e inerentes do contexto e cenário onde as condutas penais se desenvolvem: no contexto da atividade econômica. A exemplo, é o relato de Klaus Tiedemann sobre a evolução da matéria na Alemanha: “Por ‘Derecho penal económico’ se entendía en la doctrina (completamente dominante) de Alemania, hasta hace pocas décadas, solamente aquella estrecha parte del Derecho penal que refuerza con amenazas penales el Derecho administrativo económico. Es decir, el Derecho de la dirección estatal y del control de la economía. Aquí se trataba de una prequeña materia especializada fuera del StGB. Después de que el Derecho económico se convirtiera en una disciplina independiente, separada ampliamente del Derecho administrativo, el Derecho penal económico en Alemania comenzó a entenderse en un sentido más amplio: se consideraron como delitos económicos a la evasión fiscal y al fraude de subvenciones, a los delitos contra los bancos y las empresas de seguros, a los delitos de quebra y falsificación de balances, así como a los delitos de adulteración de productos alimenticios y de vinos, a los delitos contra la competencia y a las violaciones contra embargos de comercio exterior. Esta ampliación del entendimiento conceptual se ha visto impulsada, por un lado, por la primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1976 y la segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1986 [...]. Por otro lado, la ampliación sigue el criterio tan criminológico como penal de que la ejecución de los hechos ocurre mediante una *empresa económica* o a favor de una empresa económica (‘corporate crime’, ‘Derecho penal de la empresa’).” (op. cit., p. 2-3).

<sup>235</sup> “El carácter económico – en sentido estricto – del comportamiento socialmente dañoso no permite afirmar que una conducta ilícita se encuentra dentro del ámbito de estudio del Derecho penal económico. No se trata, por tanto, de delimitar un sector de la Parte especial del Derecho penal con el factor común de protección de un interés que pueda ser abarcado en un único concepto, sino del estudio de un sector de la criminalidad en el que concurren aspectos especiales que pueden justificar un tratamiento jurídico-penal específico.”. (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. op. cit., p. 24); “Por las razones indicadas, los casos de Derecho penal económico-empresarial no hallan unas instituciones de la teoría del delito refractarias al cambio. Por el contrario, en general encuentran instituciones en trámite de revisión. Así, tales casos no han hecho sino intensificar ese proceso de revisión. Por ello, en general, su resolución no está provocando fracturas relevantes en el seno de las instituciones del sistema.”. (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Fundamentos del Derecho*..., p. 13).

de perigo, como se verá), o Direito Penal Econômico ainda tem, e não poderia ser diferente, sua raiz no Direito Penal<sup>236</sup>.

A autonomia parece se dar, portanto, na formatação, interpretação e aplicação dos elementos, e não, propriamente, na existência de elementos diferentes<sup>237</sup>. Nesse sentido, em sua conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, em 1984, sobre a autonomia dogmática do direito penal económico, Jorge de Figueiredo Dias também identifica a autonomia do Direito Penal Econômico:

Comecei por perguntar se haveria, no actual direito penal económico, algo que o contradistinguisse do direito penal geral. Esforcei-me por demonstrar que, a cada um dos níveis a que a distinção pode relevan, existem muitos pontos de apoio para uma resposta afirmativa: 1) o ilícito penal económico apresenta apreciáveis especificidades face ao ilícito penal geral, baseado como está numa específica ordem legal e jurídico-constitucional dos bens jurídicos que protege e promove; 2) especificidades se dão, depois, ao nível do fundamento e do sentido das sanções em direito penal económico, derivadas da acrescida intensidade com que aqui se fazem sentir as exigências de prevenção geral positiva ou de integração e de retribuição da culpabilidade, bem como da luz particularmente favorável a que surgem e a estratégia de ressocialização; 3) especificidades existem, finalmente, ao nível da determinação concreta das sanções, derivadas das circunstâncias de a preferência pela pena de prisão – mesmo que se trata de uma pena curta –, em confronto com a pena de multa, se impor numa gama mais larga de hipóteses, bem como de serem maiores as expectativas de evitar o efeito desocializador e criminógeno de privação da liberdade. São tais diferenças suficientes para se concluir pela autonomização do direito penal económico face ao direito penal geral? Se pensarmos uma tal autonomização em termos absolutos, capazes de fazer do direito penal económico um *tertium genus*

<sup>236</sup> È o que entende Enrique Aftalión sobre a autonomia do Direito Econômico que aqui se aplica: “Si, no obstante lo expuesto, se considera oportuno conceder ciudadanía independiente al Derecho económico, será posible hacerlo, siempre que se tenga presente que nunca podrá ser insertada esta rama, en una clasificación, al lafo de los fundamentales derechos civil, penal y administrativo, por la sencilla razón de que responde a otro ‘principium divisionis’: el Derecho económico no puede ser contrapuesto a esas mentadas ramas, sino, en todo caso, a un Derecho no-económico. En esta forma resulta patente la razón de nuestra tesis: El Derecho económico no puede ser paragonado con las ramas tradicionales de la enciclopedia jurídica, porque sólo puede tener autonomía de un plano transversal a ellas, o como una especialización de las mismas. En suma, a guida de conclusión podemos decir, teniendo en cuenta todas las reservas efectuadas, que el agrupamiento de una serie de instituciones jurídicas bajo el marbete de Derecho económico nos es nada más que un recurso técnico – perfectamente legítimo – de que echa mano la ciencia jurídica contemporánea para suas tarefas sistemáticas, expositivas y didácticas.”. (op. cit., p. 22).

<sup>237</sup> Reconhece Manoel Pimentel, que embora defendia a ausência de qualquer autonomia do Direito Penal Econômico, há ainda vinculação intrínseca com os elementos dogmáticos de Direito Penal, com o que se concorda nesse trabalho: “Estamos convencidos, também, de que o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramos do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um Direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito penal comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena.” (op. cit., p. 15).

entre o direito penal e o direito de mera ordenação, então a resposta terá de ser negativa. Mas já deverá ser positiva se pensarmos a autonomização em termos relativos, legitimada à luz da dupla função, pessoal e comunitária, desempenhada pela personalidade do homem no contexto do Estado de Direito e traduzida numa ordem legal dos bens jurídicos de índole específica. Numa ordem legal que tem por critério a ordem axiológica constitucional que preside os direitos sociais e à organização económica e que, no plano das sanções, impõe critérios mais estritos – e, em certos casos, mesmo mais severos – à sua determinação.<sup>238</sup>

Fala-se, assim, sem sombra de dúvidas, na compreensão funcional limitadora do poder de punir do Estado, no necessário respeito ao princípio da legalidade, na premissa da *nulla poena sine praevia lege*, da intervenção mínima, na lógica de responsabilização e culpabilidade, entre outros.

Assim, visualmente, propõe-se a visualização da autonomia na formatação da teoria dos conjuntos. Na imagem, dois círculos, um primeiro de Direito Penal e um outro de Direito Penal Econômico. Entre eles, uma faixa notável de intersecção onde repousam os elementos comuns e as mesmas bases dogmáticas. A autonomia de ambos restaria nas partes dos círculos que não coincidem, e tal não coincidência se daria pela interpretação e aplicação diferentes – em certa qualidade e em quantidade (maior abundância de aplicação das técnicas) – dos elementos entre o Direito Penal e o Direito Penal Econômico<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Sobre a autonomia dogmática do direito penal económico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português *In Estudios penales y criminológicos*, n. 9, 1984-1985, Santiago de Compostela, Espanha, p. 68-69.

<sup>239</sup> Isso é reconhecido por Carlos Pérez del Valle ao ponderar, em situações concretas, ora preceitos dogmáticos de Direito Penal Geral, ora elementos próprios de Direito Penal Econômico. Essa é a ideia que aqui se fala de intersecção de parte dos elementos, e autonomia de outra: “Ciertamente, existen problemas dericados de la estructura de la organización empresarial que tienen especiales repercusiones para el Derecho penal económico cuando se trata de la búsqueda de responsabilidad individual; pero esto no hace sino confirmar que el Derecho penal económico ocupa una parcela de la criminalidad con problemas especiales que merece un estudio diferenciado de la reacción penal frente a ellos, pese a que en muchos casos esta reacción supone la utilización de instrumentos propios del Derecho penal tradicional (p. ej., la responsabilidad en las acciones en nombre de otro, o la aplicación del delito de estafa en la actividad económica). Y también existen parcelas que inequivocablemente pertenecen al ámbito del Derecho penal económico, aunque sus autores no lo son en cuanto empresarios o partes de una empresa, como sucede, por ejemplo, en el delito fiscal en relación con impuestos que no están vinculados a la actividad empresarial, como el impuesto sobre la renta de las personas físicas; pero, en estos casos, la administración trata al obligado a tributar como una unidad económica y no como un mero individuo (de tal modo que la obligación tributaria puede ir referida a la unidad familiar), de forma análoga al modo en que se considera a la empresa.” (*Ibidem*, p. 20). No mesmo sentido, Francisco Muñoz Conde: “Hay, todavía algunas cuestiones puntuales que por su aparición relativamente frecuente en la delincuencia relacionada con la actividad económica, tanto en sentido amplio, como estricto, merecen ser tratadas con alguna mayor precisión. Me refiero concretamente al problema de la irresponsabilidad de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro y al error del autor del delito sobre los elementos que configuran el correspondiente tipo penal cuando éstos provienen de una normatividad jurídica extrapenal a la que se remite expresamente la propia

Dito isso, a outra face dessa autonomia, como uma *moeda*, se apresenta na lógica orbital dos elementos cuja feição, aplicabilidade ou diferença na frequência de utilização se apresentam, por tais razões, fora da área de intersecção dos conjuntos (de Direito Penal e de Direito Penal Econômico). Como em movimento e visualização de órbita, tais elementos gravitam entre si, influenciando uns aos outros, trazendo ao seu centro a identificação da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico formada justamente pela compreensão dogmática, prática e até semântica de cada um desses elementos. Ao compliance e sua relação com o Direito Penal Econômico, aparentemente, se reservam os exemplos em que essas influências de mão dupla ocorrem ou se operacionalizam, inclusive, como se verá no quarto capítulo, em muitos momentos, em uma ordem de comunicação preventiva entre os fenômenos.

Pretende-se trabalhar na sequência desse trabalho alguns desses elementos e referidos exemplos de operacionalização e confirmação que, sem obviamente esgotá-los, parecem em movimento orbital fomentar a formação concêntrica do conteúdo da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico e confirmar sua autonomia, pautada, entre outras razões, na sustentação simbiótica com o próprio compliance. Ao final, espera-se não só ter apresentado bases minimamente sólidas sobre cada um desses pontos – permitindo até, se for o caso, uma leitura isolada de cada fenômeno – como se pretende demonstrar a mencionada autonomia da teoria e o cenário jurídico onde repousam grande parte dos questionamentos relacionados ao compliance, sem prejuízo, logicamente de tentar possibilitar a quem procura apenas o tema da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico uma base de pesquisa conceitual e bibliográfica ao menos interessante.

Dito isso, lembra-se o visto no primeiro capítulo dessa pesquisa, que o Direito Penal Econômico pode ser compreendido como uma terceira fase dessa relação entre o Estado e o capital nos últimos dois séculos. Quer dizer, uma primeira fase de ausência de intervenção. Uma segunda de intervenção por direcionamento programático pelo Direito Econômico, notadamente após a verificação de que o capital, por si só, não é capaz de se organizar. Uma terceira, representada pela adoção de normas de índole penal para também exercer essa função de corrigir as falhas da economia de mercado e controlar o capital, ou seja, o Direito Penal Econômico. E uma quarta fase representada pelo reconhecimento de que o

regulación penal. Estas cuestiones, sin duda generales del Derecho Penal, plantean en este sector algunas particularidades hasta el punto de haberse pedido una regulación específica de las mismas, distinta incluso de la que existe para el resto del Derecho Penal.” (op. cit., p. 105)

direcionamento programático e a correção penal *a posteriori* não são suficientes. Transfere-se a atuação preventiva do Estado ao próprio particular, mediante a possível sanção desse caso falhe nessa tarefa. A ideia é que o particular auxilie no papel de evitar que as práticas contrárias ao direcionamento jurídico da economia e da tutela dos bens jurídicos constitucionalmente eleitos. É o surgimento do compliance.

Sobre especificamente a implementação do Direito Penal Econômico essa, nas palavras de Heloísa Estellita, está atrelada à função de corrigir a anormalidade econômica, a qual só é compreendida a partir do que é a normalidade econômica<sup>240</sup>. Por lógica, só se sabe o que anormal, se se sabe o que é o normal. E a normalidade econômica é aquela apreendida pelo que se espera de normal para determinado sistema econômico, sendo isso definido, com o Direito como técnica historicamente determinada, na ordem econômica constitucional.

Fala-se, então, nessa ordem de ideias, no que pode ser chamado de legitimação constitucional do Direito Penal Econômico, isto é, o respaldo jurídico-constitucional para a tutela penal da atividade econômica ou a autorização por parte da ordem constitucional para que condutas, posturas ou comportamentos sejam criminalizados e sancionados penalmente se vão de encontro ao direcionamento ou encaminhamento da atividade econômica ou do capital estabelecidos na Constituição Federal, enquanto técnica especializada de intervenção do Estado na economia<sup>241-242</sup>.

---

<sup>240</sup> “Enfim, é preciso saber da ideal normalidade econômica para chegar ao conhecimento dos desvios causadores da anormalidade econômica. Enfim, o que se quer evitar e/ou corrigir com a proteção penal neste campo? Ocorre que esta normalidade ideal é contingente, historicamente determinada. Trata-se de um valor, uma aspiração, que sofre contínua mutação influenciada pelos valores de cada sociedade: o que é bom economicamente num momento não o é em outro. Desta forma, não há como falar em proteção penal da normalidade econômica dissociada na configuração específica de determinada sociedade. Os sistemas econômicos é que determinam o que se deve fazer e quais os objetivos a serem alcançados pela sociedade, determinaram o que seja, dentro daquele modelo, a normalidade.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita, op. cit., p. 154).

<sup>241</sup> “A legitimidade do direito penal econômico, portanto, será tão maior quanto mais próximo e ajustado for o tratamento legislativo e judicial conferido a normas e supostos fáticos materialmente ofensivos à *ordem econômica*. Uma eventual incompatibilidade pode apresentar-se fatal à unidade sistemática do tema: a tutela pena de condutas *realmente* violadoras da *ordem econômica* através de tipos penais que exigem uma ofensa individual para a consumação submete o fato, por força do princípio da legalidade, a pressupostos de adequação típica incompatíveis com a lógica da tutela de um crime econômico.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner, op. cit., p. 84).

<sup>242</sup> “A ordem socioeconômica afigura-se, notadamente, como o interesse supra-individual penalmente tutelado pelo Direito Penal Econômico, focando-se a confiança, ou expectativa normativa, socialmente depositada no tráfico econômico, capaz de lesionar ou pôr em perigo a vida econômica no geral, ou seja, a estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica*, 2011, 202 f., Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2011, p. 56).

A exemplo dessa dinâmica, é a previsão dos crimes concorrenciais tipificados no art. 4º da Lei 8.137/1990, em que se tutela penalmente a livre concorrência e a livre iniciativa no mercado, pois são criminalizados o abuso do poder econômico que implique o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência e a formação da prática conhecida como *cartel*<sup>243</sup>. No caso, a livre iniciativa e a livre concorrência são ideias constitucionais fundamentais de como deve ser direcionada a atividade econômica nacional (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CF, respectivamente). Identifica-se, assim, um estado de normalidade constitucional em que o capital é direcionado com a iniciativa livre e os competidores ou *players* em determinado mercado competem em condições de igualdade substancial. A Constituição Federal confere legitimização ao Direito Penal Econômico para que os responsáveis pelas condutas ou comportamentos que violam tais preceitos – anormalidade econômica – sejam sancionados criminalmente. É o Estado intervindo na economia em situações que, por meio da legalidade, reputa serem de alta gravidade a justificar a sanção além da administrativa e civil.

As grandes e mais sensíveis questões parecem estar justamente no melhor entendimento do alcance ou dos limites desse respaldo constitucional, sobretudo pois ele é posto frente a frente com os outros preceitos constitucionais de limitação da criminalização e do sancionamento penal de condutas, conflitos esse que se pretende explorar mais concretamente nos tópicos seguintes e que é não passa desapercebido nas preocupações de conformidade, como os temas da legalidade e da culpabilidade.

Toda essa discussão leva ao passo seguinte de compreensão do Direito Penal Econômico, que é inerente de sua própria conceituação enquanto campo da dogmática penal<sup>244</sup> e que vai exercer influência direta na configuração normativa dos crimes

<sup>243</sup> “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm) Acesso em 13.02.2019

<sup>244</sup> “Para la cabalidad de la comprensión de los distintos tipos penales contra el orden económico hay que abordar necesariamente la tarea de precisar el concepto de bien jurídico no solamente como guía en la construcción jurídico-dogmática sino como ideai trascendental de política criminal. [...] Pocos son los conceptos tan caros a la política criminal como a la dogmática que el bien jurídico. Ocurre que en un Estado Social e Democrático de Derecho la noción de bien jurídico desempeña un rol preponderante. Decididamente define la función del Derecho Penal y por consiguiente, califica los límites del ius puniendo, confiriendo, por lo demás, la legitimación del mismo Derecho Penal.” (CABRERA, Raul Peña, op. cit., p. 546). Além disso, a própria dificuldade de regulamentar de forma unitária ou codificada a criminalidade econômica tem também origem nas dificuldades de identificar o bem jurídico tutelado: “Lo primero que hay que destacar es la ausencia de una regulación jurídica unitaria sistemáticamente de este sector que se há dado em llamar ‘delincuencia económica’. Ello se debe sobre todo a la imprecisión y vaguedad de su objeto jurídico, que algunos reconducen a un vago

econômicos<sup>245</sup>: a compreensão de seu bem jurídico tutelado<sup>246-247</sup>. Como sinaliza Raul Peña Cabrera, a identificação do bem jurídico tutelado pela norma penal é de fundamental relevância:

En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales indispensables para la convivencia humana, que son por ello, merecedores de protección mediante el poder coactivo del Estado representado por la pena. La ilicitud, no se agota en la relación existente entre la acción y la norma, pues, posee también un significado material (ilícito material). Una acción es materialmente ilícita en función de la infracción que se supone al bien jurídico protegido por la norma correspondiente. El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. [...] El bien jurídico es pues, el ‘ojo de la aguja’ por el que tiene que pasar los valores de la acción: ninguna reforma del Derecho Penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de un bien jurídico por más que esté orientada a valores de la acción. La intervención del Derecho Penal es cernir determinados valores éticos-sociales del fuero interno y tratarlos dentro de los marcos compatibles que son justamente los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos. El respeto reverente por estos límites torna permisible la natural justificación de las prohibiciones y de la prevención general positiva y la explicación de la formalización del control social. [...] El bien jurídico como lo hemos señalado, constituye un principio garantizador de carácter informativo. La sociedad en general y cada miembro de ella, en particular, debe saber lo que realmente se está amparando, y, sobre las cuales se asienta dicha protección o amparo. En consecuencia, el injusto y todo el delito en sí, giran en torno al bien jurídico. El corpus legal tiene la virtud de haber construido bienes jurídicos que constituyen los intereses y aspiraciones de las grandes mayorías nacionales que siempre han sido siempre del pueblo. El etiquetamiento del delito y delincuente se ha orientado siempre a los sectores de la comunidad. A partir de la criminalización penal se dirige también hacia los sectores de la capa dominante.<sup>248</sup>

interés en el equilibrio del sistema económico: a un genérico orden público económico.”. (CONDE, Francisco Muñoz. op. cit., p. 95).

<sup>245</sup> “Las características propias de la vida económica (y del Derecho económico) condicionan una serie de particularidades en la configuración técnica del Derecho penal económico, el cual se distingue a través de esto, en forma bastante clara, del Derecho penal general.”.” (TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal...*, p. 75).

<sup>246</sup> “Vinculación entre concepto y bien jurídico. Debemos empezar por consignar que concepto y bien jurídico en el Derecho Penal Económico son temas estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados. También en este caso la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro. Es, por lo tanto, posible identificar o delimitar el derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que esta supuesta rama del derecho penal.” (CERVINI, Raúl. La perspectiva integrada del derecho penal económico In CAIROLI, Milton. [et al] *Nuevos desafíos em derecho penal económico*, Buenos Aires : Editorial B de F, 2012, p. 107).

<sup>247</sup> Como define Franz Von Liszt: “Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da collectividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico.” (LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I, Trad. de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro : F. Brügge & C., 1899, p. 93-94).

<sup>248</sup> CABRERA, Raul Peña. op. cit., p. 546-547. No mesmo sentido: “A importância do estudo do bem jurídico, no campo da ciência do direito penal, hodiernamente, é fato indiscutível: a intervenção penal só se justifica para tutelar bens jurídicos. [...] Nesse passo, é de concluir que é justamente na Lei Mater de cada Estado que se encontrarão os devidos limites à punição estatal do indivíduo, e também o plexo valoriativo inspirador da

Por certo e pelo dito até esse ponto, a identificação dessa resposta é muito mais difícil do que em relação ao que pode ser chamado de crimes clássicos como homicídio ou furto em que o bem jurídico tutelado é facilmente e historicamente delimitado (vida e patrimônio, respectivamente)<sup>249</sup>.

Essa dificuldade, aliás, parece que se deve, marcantemente, à própria seara de atuação do Direito Penal Econômico: a atividade econômica, dinâmica, fluída e contextual por natureza, o que, inclusive, na leitura de Enrique Aftalión resulta na quase impossibilidade de elencar em rol exaustivo os bens jurídicos tutelados<sup>250</sup>.

O preenchimento e a interpretação normativa de conceitos como, por exemplo, livre concorrência, livre iniciativa, ordem tributária, credibilidade e estabilidade do sistema financeiro nacional é tarefa bem mais complexa do que compreender o que é vida e patrimônio em si considerados. Isso, por certo, reflete na própria definição do Direito Penal Econômico e nas técnicas legislativas que são adotadas. Ao passo que o bem jurídico tutelado não só legitima a criação e aplicação da norma penal<sup>251</sup> – o que será criminalizado, como

definição dos tipos, onde ingressará a ciência da política criminal.”. (NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. In PRADO, Luis Regis. DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 733-736). Igualmente: “As noções gerais ora expostas possibilitam a compreensão de que o bem jurídico *ordem econômica*, com o adensamento e as ramificações que vimos propondo, é um parâmetro excelente de (i) *fundamentação* do direito penal econômico em relação a desvios reconhecidos como dignos de proteção, (ii) *crítica* da definição de tipos-de-ilícito econômicos em relação a práticas econômicas que, sequer em abstrato, detenham aptidão para lesar ou colocar em perigo condições existenciais humanas e (iii) *delimitação* do âmbito de incidência da norma apenas em relação a supostos fáticos ofensivos ao objeto de proteção.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. op. cit., p. 84).

<sup>249</sup> Por essa razão, há quem atribua um certo caráter de artificialidade aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico: “Se afirma – con cierta insistencia – la naturaleza ‘artificial’ en la construcción de estos bienes jurídicos. Efectivamente son bienes jurídicos sin pasado histórico, más estrictamente, con ausencia referencial ontológica, diferente, v.g., con la vida, la propiedad, el honor etc.; asimismo no es producto de una de captación o filtro cultural que pide ayudar a una adecuada identificación de objetivos, y lo que, por supuesto, torna difícil el consenso; [...] Así, por lo menos desde el punto de vista cognoscitivo, el bien jurídico en el Derecho Penal Económico puede ser posterior a la identificación del respectivo ámbito de tutela.”. (CABRERA, Raul Peña. op. cit., p. 557).

<sup>250</sup> “Enumerar esos medios o procedimientos en forma exhaustiva es tarea casi imposible, atento a la fecundidad con que la infinita diversidad de circunstancias acució la imaginación de los legisladores, en su afán por encarrilar el curso de la vida económica dentro de los cauces previstos. A título puramente ejemplificativo cabe enunciar, como principales, las regulaciones sobre: a) precios. b) racionamientos; c) abastecimiento y comercialización de materias primas y productos industrializados; d) importación y exportación, no sólo de mercaderías sino también de las divisas (control de cambios); e) establecimiento de nuevas empresas; f) crédito bancario; g) transportes; h) contratos colectivos de trabajo, etcétera.”. (AFTALIÓN, Enrique, op. cit., p. 21)

<sup>251</sup> A identificação é fundamental: “El problema entonces, pasa por delimitar ese bien jurídico, delimitación imprescindible para la seguridad jurídica, que a su vez nos proporcionará los márgenes legítimos de esta nueva disciplina o rama del derecho penal sin que con ello se pretenda propugnar su autonomía científica

baliza constitucional garantidora – influencia a própria confecção de tipicidade (v.g. com destaque a utilização de leis penais em branco e os crimes de perigo, que serão melhor trabalhados nos tópicos subsequentes) – *como* será criminalizado.

Os bens jurídicos envoltos na criminalidade econômica são de natureza muito mais dinâmica e complexa que aqueles relacionados, por assim dizer, à criminalidade comum<sup>252-253</sup>. Do ponto de vista racional, é muito mais simples, v.g., compreender se existiu ou não o resultado morte, do que entender se a concorrência ou a credibilidade do sistema financeiro foram ou não abaladas. Da mesma forma, apurar a inversão da posse de determinado patrimônio é tarefa mais tranquila, do que identificar o abalo concreto ou no mínimo em potencial do interesse patrimonial da previdência social, dilema esse posto em extrema proximidade pela leitura dos crimes previstos no arts. 168 (apropriação indébita) e 168-A (apropriação indébita previdenciária) ambos do Código Penal<sup>254-255</sup>.

Essas peculiaridades, embora importantes sobretudo em razão de suas consequências normativas, não impedem a identificação de ao menos uma linha comum característica de todos os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico, em especial a partir das considerações históricas feitas anteriormente: os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal

respecto de éste, en tanto la autonomía no sea metodológica y no se traduzca en admitir como regla técnicas de imputación y tipificación contradictorias con el derecho penal convencional de corte garantizadora.” (CERVINI, Raúl, op. cit., p. 108)

<sup>252</sup> Nesse ponto, é fundamental a leitura da obra de Andrei Schmidt segundo o qual o bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico assume as características de supraindividualidade, promocional, de mutabilidade e instrumental (SCHMIDT, Andrei Zenkner, op. cit., p. 88-98).

<sup>253</sup> “Ora, se vejo exactamente a situação das coisas, a pretendida autonomização, para que possa ser aceite em definitivo, haverá de impôr-se a três níveis diferentes: 1º, ao nível da especificidade do ilícito e da consequente possibilidade da sua delimitação, face, por uma parte, ao ilícito penal geral, e face, por outra parte, ao ilícito de mera ordenação; 2º, ao nível da especificidade das sanções, dos seus fundamentos, do seu sentido e dos seus limites; 3º, ao nível da concreta aplicação ou determinação das sanções, da sua escolha e da sua medida. [...] Uma tal autonomia relativa só é pensável, em meu entender, no quadro de um Estado de Direito material, de cariz social e democrático. Só nele, com efeito, se comprehende bem a existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente pessoal (embora não ‘individual’) do homem e que é conformada em primeira linha através dos direitos fundamentais da pessoa; outra que visa proteger a sua esfera de actuação comunitária e é conformada sobretudo através dos seus direitos e deveres fundamentais de carácter económico, social e cultural (numa palavra, através dos seus direitos sociais fundamentais). De que maneira, porém, se traduz esta específica juridicidade do Estado de Direito material em termos jurídico-penais. Dela resulta, desde logo, que função de todo o direito penal só pode ser a protecção de bens jurídicos, considerados como interesses socialmente relevantes cuja defesa e promoção é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. [...] Só que, no âmbito do direito penal administrativo, a actuação da personalidade do homem verifica-se como fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca desta. Expressão desta relação são, a nível jurídico-constitucional, as partes da Constituição em que consignam os direitos sociais fundamentais e a organização económica” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre..., p. 45, 53-54).

<sup>254</sup> Fala-se em *normalmente*, porque não se ignora a possível motivação econômica para a prática do crime de homicídio, por exemplo, mas essa não parece ser a *motivação padrão*.

<sup>255</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 15.02.2019.

Econômico são aqueles que simbolizam ou objetificam os principais elementos das políticas econômicas do Estado, assim identificados constitucionalmente.

Em etapas de raciocínio, conforme a dinâmica da maioria das constituições do ocidente: (i) primeiro e historicamente, o Estado identifica as contradições do capital e as falhas da economia de mercado; (ii) em segundo, reconhece que a manutenção da segurança social passa por sua intervenção na economia; (iii) em terceiro, utiliza-se de uma técnica refinada para exercer essa intervenção, qual seja, a indicação das políticas econômicas de intervenção pelo Direito e principalmente pela estruturação normativa constitucional; e (iv) em quarto, são criminalizadas condutas e comportamentos contrários a essas políticas, sendo essa contrariedade identificada na vulneração ou ameaça aos bens jurídicos tutelados, quais sejam os principais elementos dessas próprias políticas.

Paralelamente e até pelas próprias características do meio onde a criminalidade econômica está inserida – dentro das atividades econômicas, repisa-se dinâmicas, fluídas e contextuais histórica e socialmente – esses bens jurídicos tutelados são marcados pela supraindividualidade ou transindividualidade. Como diz Klaus Tiedemann:

Según esto, ambos, el delito económico y el Derecho penal económico, se caracterizan por que el hecho no se dirige (solamente) contra intereses individuales, sino contra intereses sociales y supraindividuales del acontecer económico, es decir, son lesionados bienes jurídicos sociales y supraindividuales de la vida económica o se abusa de instrumentos de la vía económica actual. Con ello el bien de protección está constituido, en primer lugar, no por el interés individual del individuo que actúa en la economía, sino por el ordenamiento económico estatal en su totalidad, el decurso de la economía en su organización; en resumen: por la economía del país con cada una de sus ramas (sistema financiero, sistema crediticio, etc.).<sup>256-257</sup>

---

<sup>256</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal...*, p. 8-9). No mesmo sentido: “La naturaleza supraindividual de estos bienes jurídicos amparados por el Derecho penal Económico se caracterizan por el respaldo económico que otorgan al sistema económico imperante, haciéndolo funcional e, inclusive implementando dolo. Esto permite establecer una frontera entre dos órdenes de valores o intereses: de un lado, los que destacan la vida comunitaria como sistema económico con sus conflictos reales; de otro, las que se agotan en el interior de la propia administración, como los intereses específicos, destinados a garantizar una cierta transparencia de la vida económica a través de acciones de registro, comunicación, información etc., impuestos a los operadores económicos. Esta distinción debe verse no en términos absolutos, en el sentido de que la violación de los primeros postulan siempre responsabilidad criminal, en tanto, que los segundos, mera contravención. Significa, pues, que cuando la norma incriminadora cubre los valores del primer tipo, ello implica que no debe referirse a conductas que apenas sacrifican intereses del segundo grupo, que por razones más de técnica o formulación legislativa pueden aparentemente subsumirse.” (CABRERA, Raul Peña, op. cit., p. 556); “A distinção mais marcante entre os novos bens jurídicos, dentre os quais os bens jurídico-econômicos, e os bens jurídicos tradicionais reside, sem dúvida, em seu caráter supraindividual e permanente, o que remete tanto à

Aliás, essa é uma das características que se explica pelo próprio paralelo histórico entre o Direito Econômico e o Direito Penal Econômico em que ambos, com graus e formas diferentes de intervenção, acabam por tutelar os mesmos bens coletivos de caráter econômico<sup>258-259</sup>, o que inclusive confere maior danosidade social às condutas que contra eles atentem<sup>260</sup>. Não é possível a individualização de quem é atingido ou ameaçado pela conduta criminosa, pois são bens jurídicos com indeterminação absoluta ou relativa de seus titulares, quer dizer, ou não é possível identificar qualquer titular (indeterminação absoluta) ou se identifica apenas um grupo, mas não é possível identificar indivíduos (indeterminação relativa)<sup>261</sup>.

impossibilidade de identificação de uma vítima individualizável quanto à impossibilidade de identificação de uma vítima individualizável quanto à impossibilidade de precisar o momento da consumação dos ilícitos” (CORACINI, Celso Eduardo Faria. op. cit., 429); “O Direito Penal Econômico caracteriza-se por tutelar bens supraindividuais e pela amplitude da potencialidade lesiva das suas formas delitivas.” (SALOMÃO, Heloisa Estellita. op. cit., p. 170); ““Sin embargo, los delitos económicos no se dirigen únicamente contra individuos o contra empresas. A menudo ponen en peligro instituciones y funciones de la vida económica, en última instancia, a veces, al Estado.”. (VOLK, Klaus. Criminalidad económica. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John. *Desarrollos actuales* Göttingen University Press, 2016, p. 140).

<sup>257</sup> “Os bens jurídicos pessoais possuem como titular o indivíduo, o particular que controla e dele dispõe, conforme sua vontade, possuindo caráter estritamente pessoal. Já os bens jurídicos metaindividualis são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa) e estão para além do indivíduo, afetando um grupo de pessoas ou toda a coletividade. [...] Os bens jurídicos metaindividualis são autônomos e têm conteúdo material próprio e são classificados em: bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (Administração Pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos são aqueles que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos, que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (ambiente).” (NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. op. cit., p. 735-736).

<sup>258</sup> “Un criterio racional comienza a distinguir bienes jurídicos individuales de bienes jurídicos supraindividuales. Este criterio de la supraindividualidad no difiere mayormente de aquel que habla de bienes ‘colectivos de carácter económico’, identificando como tales, por ejemplo, el crédito público, los intereses de los consumidores, de los ahorristas, etc. [...] Así, entonces, podemos reconocer en la existencia de ese tipo de bienes jurídicos supraindividuales un concepto delimitador del ámbito de acción del derecho penal económico, y por lo tanto, la aptitud de los tipos penales clásicos para catalogarlos como plurifensivos en tanto la acción típica concreta tiene la potencialidad suficiente como para afectar esos bienes jurídicos de naturaleza colectiva.” (CERVINI, Raúl. op. cit., p. 110-111).

<sup>259</sup> “Nessa variedade de opiniões percebe-se um traço comum e saliente, que coloca em relevo a finalidade de proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. op. cit., p. 11).

<sup>260</sup> “A enorme danosidade social, ou a magnitude da lesão ao bem jurídico, (aliada às evidentes dificuldades de quantificação do montante dos danos) é um traço distintivo dos crimes econômicos, o que traz à tona o debate sobre a inclusão de crimes patrimoniais tradicionais entre os crimes econômicos, quando atingirem grandes proporções.” (CORACINI, Celso Eduardo Faria. op. cit., 428)

<sup>261</sup> Nesse ponto parece ser possível traçar um paralelo histórico com o surgimento dos direitos transindividualis, não penais no caso, que advém também da formatação do Estado Social, os chamados direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. De fato, tais categorias passam a ser objeto de direito e assim identificadas histórica e juridicamente a partir do momento em que o Estado também passa a intervir na correção dos rumos do capital, tutelando bens não antes tutelados (meio ambiente, patrimônio histórico-cultural, ordem econômica, ordem urbanística). Os direitos difusos caracterizados pela indeterminação absoluta de seus titulares e os coletivos

Alguns exemplos parecem ajudar no entendimento. Ao se falar nos crimes de furto, homicídio ou estupro, *v.g.*, que normalmente não estão inseridos na criminalidade econômica, é possível a identificação dos indivíduos atingidos ou ameaçados: quem teve o patrimônio subtraído, quem perdeu a vida ou a dignidade sexual violada. Diferentemente, *v.g.*, essa determinação absoluta não é possível nos crimes contra a livre concorrência, contra a credibilidade do sistema financeiro nacional, contra o interesse patrimonial da previdência social, contra as relações de consumo, etc. No máximo, é possível identificar um grupo atingido (indeterminação relativa das vítimas), como a identificação genérica do grupo de *players* de determinado mercado relevante em que a livre concorrência foi abalada pela conduta ou a identificação genérica de todos os segurados da previdência social, mas não um indivíduo em si atingido ou ameaçado, sendo o mais normal a indeterminação absoluta das vítimas (sequer a identificação de um grupo). Aliás, isso tudo gera uma situação curiosa, em que o agente do crime é, por vezes, autor e vítima do delito ao mesmo tempo. A exemplo, em um crime concorrencial de formação de cartel, ao mesmo tempo em que o agente é sujeito ativo do delito, é, ainda que indiretamente, vítima da ilicitude ou falha na economia de mercado que ele mesmo provocou.

Dito isso e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, parece ser possível conceituar o Direito Penal Econômico como o conjunto de normas jurídicas, autônomo do ponto de vista dogmático, vocacionado, em *ultima ratio*, a direcionar a sanção penal Estatal (legitimando a violência estatal e a limitando) em relação a condutas, comportamentos ou posturas que vão de encontro a bens jurídicos penais econômicos, sendo esses identificados na política econômica do Estado, quer dizer, a partir do direcionamento ou encaminhamento da atividade econômica ou do capital estabelecidos na Constituição Federal. É o instrumento técnico especializado de *ultima ratio* que o Estado se utilizada para que a política econômica por ele pretendida seja de fato observada.

Nesse sentido, define Raul Cabrera:

El Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso ha utilizar por el Estado y luego de haber echado mano de todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una

*stricto sensu* pela indeterminação relativa. Não se ignora ainda a existência de uma terceira categoria, os individuais homogêneos, mas nesse último há outro fenômeno, mas particularmente, o trato processual coletivo de direitos individuais em nome da inafastabilidade da função jurisdicional consagrada constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF). Sobre o tema, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017, p. 39-43.

eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica. Las graves disfunciones y crisis socioeconómicas justifican la intervención del Estado en materia económica y recurrir al Derecho Penal para resolverlos y asegurar el bienestar común.<sup>262</sup>

Celso Coracini:

É possível afirmar, das observações já feitas, que o direito penal econômico é a disciplina especial do direito penal que, em último grau, protege bens jurídico-penais (econômicos), com alcance meta ou supraindividual, de condutas que os lesionem ou sejam capazes de lesioná-los, perturbando, ou desestabilizando, a ordem econômica desse Estado, compreendida ela como a confluência dos elementos da economia nacional, a apresentar uma dada organização (em que mercado e Estado são os principais atores) e os fatores de produção e de oferta de bens seu principal objeto), cabendo ao Estado a histórica missão de, maior ou menor grau, intervir sobre essa realidade com o fim de preservar sua estabilidade e bem-estar social.<sup>263</sup>

Manoel Pimentel:

Torna-se mais fácil conceituar o Direito penal econômico como o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.<sup>264</sup>

Ou, ainda, Heloísa Estellita:

O Direito Penal Econômico pode ser entendido, restritivamente, com o conjunto de normas penais que tutelam a economia nacional. Poder ser também entendido, extensivamente, como o conjunto de normas penais que tutelam a regulação da produção, da fabricação e da distribuição de bens.<sup>265</sup>

Com isso, parece ser possível entender o principal cenário onde o compliance repousa e as razões pelas quais há a criminalização de certas condutas e comportamentos decorrentes da atividade econômica, que, a rigor, em diálogo com o primeiro capítulo desse trabalho, têm base histórica comum ao surgimento do próprio compliance: a intervenção do Estado na economia. Quer dizer, tentou-se mostrar os *porquês* que até aqui – e muito

---

<sup>262</sup> CABRERA, Raul Peña. op. cit., p. 554.

<sup>263</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. op. cit., p. 425.

<sup>264</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. op. cit., p. 10.

<sup>265</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. op. cit., p. 169.

provavelmente daqui por diante – o Direito Penal Econômico e seus contornos são e muito provavelmente sempre serão parte das maiores preocupações do compliance.

E mais do que isso, acredita-se que foi possível começar a delinear o que vem a ser a Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico, a partir da lógica orbital de seus elementos, de suas raízes históricas e de seus bens jurídicos tutelados. Com isso, parece que será mais fácil entender não só *o que* é tutelado penalmente no âmbito da atividade empresarial econômica, mas *como*, a fim de orientar a melhor compreensão dogmática das práticas criminais a serem estudadas nos capítulos subsequentes, bem como para direcionar e respaldar juridicamente, do ponto de vista criminal, um programa de integridade funcional a ser proposto ao final.

E falar em *como*, é entender como essa técnica especializada chamada Direito se desenvolve, ou seja, como, tecnicamente, como seus elementos dogmáticos se operacionalizam. É entender como o Direito Penal Econômico se apresenta efetivamente, na transição do estudo teórico para aspectos mais práticos. E falar isso, no presente trabalho em que se defende a relação do tema com o compliance, também é explorar os exemplos que essa última matéria possa municiar à pesquisa.

Além disso, o desenvolvimento e a operacionalização de elementos dogmáticos também passam por compreender principalmente como a técnica legislativa se desenvolve. É o que se pretende nos dois itens seguintes: entender as principais características da técnica legislativa de Direito Penal Econômico e compreender ou minimamente levantar os problemas dogmáticos e concretos delas decorrentes, que em última análise, estarão presentes no dia a dia do compliance.

### **3.3 A técnica legislativa diferenciada**

3.3.1 A utilização das leis penais em branco: um desafio diante do princípio da legalidade e um problema à ideia de presunção absoluta do conhecimento da lei penal

Logicamente, a técnica legislativa de Direito Penal Econômico segue – ou se pressupõe que seguiria – as principais bases técnicas do Direito Penal Geral. Mas, como já indicado anteriormente, as próprias características da atividade econômica com a qual a tutela penal se relaciona, bem como a própria natureza do bem jurídico tutelado resultam em uma técnica legislativa diferenciada. Especialmente, porque se vale de dois instrumentos com maior frequência se comparado com o Direito Penal fora, por assim dizer, da atividade econômica, o que mais uma vez parece levar à conclusão de autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico: a utilização das leis penais em branco<sup>266</sup> e a tipificação dos chamados crimes de perigo<sup>267</sup>. Nesse item, tratar-se-á das primeiras e das questões que lhe são decorrentes, especialmente aquelas que mais tocam ao compliance, ficando os crimes de perigo para o próximo tópico.

Muito bem. Como se sabe, a lei penal criminalizadora ou o tipo penal é integrado por duas partes. Um preceito chamado de *primário* em que consta o verbo ou verbos que exprimem a ação ou omissão a ser sancionada e o respectivo objeto de direito a ser atingido, “é por definição a fórmula descriptiva das circunstâncias objetivas do crime. Os seus elementos são essencialmente descriptivos e objetivos. Essencialmente, mas não exclusivamente.”<sup>268</sup>. Isso porque, tais elementos podem apresentar certo grau de incompletude de compreensão, seja porque seu entendimento depende da identificação de outra norma, seja porque depende a valoração pelo operador do Direito<sup>269</sup>. É do preceito *primário* do tipo penal que se extrai a ação ou omissão incriminadora, sobre o qual se realiza o raciocínio de hipótese de incidência

---

<sup>266</sup> “Uma técnica utilizada de forma crescente pelo legislador, sob a justificativa de sua necessidade excepcional em matérias situadas fora do núcleo clássico do Direito Penal, tal como a esfera econômica, é a da formulação de normas penais em branco, consistentes na proibição penal de condutas a partir de uma descrição típica incompleta. Nessas hipóteses, o tipo penal não descreve totalmente a conduta proibida, remetendo a outra norma para a definição do conteúdo do dever geral imposto e, assim, da proibição.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatörer Silva, op. cit., p. 252-253).

<sup>267</sup> Sobre as peculiaridades da redação legislativa em Direito Penal Econômico, pontua Manoel Pedro Pimentel: “O problema da tipicidade nos delitos econômicos aparece, então, em toda sua complexidade. O legislador não se comporta como o sociólogo, estabelecendo apenas conexões entre fatos. Sua atitude, no ato de legislar, não é a de mero observador da realidade. Deve ir além, buscando nessa realidade fática o substancial *dever ser* para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes. Ora, o *modelo normativo* implica uma descrição de condutas axiológica e teleologicamente consideradas, e não o produto do mero arbítrio ou de elucubrações abstratas. O risco que corre o legislador, no campo do Direito penal econômico, é exatamente este: ao delinear as figuras típicas, perder-se em conceituações lógico-formais, diante da dificuldade de escolher a via certa, reclamada pela realidade socioeconômica. Além disso, há reiterada insistência em redigir-se imprecisamente a lei, tornando-se bastante vagos os conceitos verbais, o que torna difícil precisar os contornos do fato tipificado.” (op. cit., p. 37-38).

<sup>268</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo I*: introdução, norma penal, fato punível, 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho, Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 215.

<sup>269</sup> Já em antecipação ao que será dito na sequência, é possível identificar um gênero de normas penais incriminadoras incompletas, em que são espécies as leis penais em branco e os tipos abertos (GUARAGNI, Fábio André. BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, São Paulo : Almedina, 2014, p. 27).

do fato à norma. A ação ou a omissão de fato será crime, portanto, se se enquadrar perfeitamente na descrição do preceito primário. Paralelamente, há o preceito *secundário*, em que é posta a sanção correspondente à ação ou omissão descrita no primário.

A problemática das chamadas leis penais em branco<sup>270</sup> está atrelada, em regra, à compreensão do preceito primário do tipo penal<sup>271</sup> e foi originalmente na teoria de Karl Binding<sup>272</sup>, que pela primeira vez cunhou a expressão *Blankettstrafgesetzen* ou, em português, *leis penais em branco*. Leis penais cujos elementos gozavam de abrangência, estando a proibição, cuja transgressão é punível, baseada na delimitação por outra autoridade ou na legislação específica. Em suas palavras, uma “lei penal que busca sua alma como um corpo errante.”<sup>273</sup>.

As leis penais em branco, nessa perspectiva e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, são leis penais cuja compreensão dos elementos de seu preceito primário depende de uma técnica de remissão ou reenvio específica<sup>274</sup>. Se valem de outras normas (leis, decretos, regulamentações *lato sensu*, etc.) para compreensão de seus elementos incriminadores. Como diz Aníbal Bruno:

---

<sup>270</sup> Aliás, desde logo e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, prefere-se nesse trabalho o uso da expressão “leis penais em branco” em vez de “normas penais em branco”, pela compreensão – a partir muito do visto no primeiro capítulo – de que norma jurídica e lei não se confunde, sendo a norma aquela extraída a partir dos muitos elementos de interpretação cuja imperatividade decorre de sua fonte estatal, seja legislativa ou jurisprudencial. Nesse sentido: “As leis penais em branco são aquelas que possuem uma sanção determinada e um preceito incompleto. A conduta proibida é imprecisa se observada a lei penal. Essa incompletude desaparece quando se integra à lei penal a norma de complementação. A integração da norma de complementação à lei penal nos permite conhecer a norma penal. É com a integração da norma de complementação ao preceito da lei penal que se pode conhecer a conduta proibida e, via de consequência, o comando prescrito pela norma. A norma penal, portanto, nunca será em branco. O branco está sempre contido no preceito da lei. A norma penal é o comando que se extrai a contrário senso do preceito da lei penal já integrado pela norma de complementação.”. (MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco*: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016, p. 22).

<sup>271</sup> Fala-se em regra, porque seria presunçoso demais ignorar que nas inúmeras leis penais não possa haver a utilização de técnica de remissão para definição da sanção penal do preceito secundário.

<sup>272</sup> BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung*, Leipzig : Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.

<sup>273</sup> “Wie weit partikuläre Normen durch gemeinrechtliche Strafgesetze Schutz finden können? Im deutschen Strafgesetzbuche findet sich nemlich eine Reihe von Blankettstrafgesetzen, die sich dadurch charakterisiren, dass das Verbot, dessen Uebertretung mit Strafe belegt wird, ausgeht von der Landes- oder Ortspolizeibehürde oder einer sonstigen Behürde oder von der Partikulargesetzgebung; dass das Partikularrecht entscheidet, welche Behirden behufs Aufstellung der Norm ins Auge gefasst sind; dass ferner dieses Verbot dem Erlass des Strafgesetzes erst nachfolgen kann, wo denn das Strafgesetz einstweilen wie ein irrender Kürper seine Seele sucht” (Idem, p. 74).

<sup>274</sup> Nessa perspectiva, “la necesidad de recurrir a otros artículos de la misma u otra ley para la interpretación de ciertos tipos y elementos del tipo no constituye propiamente una técnica legislativa singular; en este sentido puede hablarse de remisiones expresas y concluyentes.” (TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 37, ano 10, jan-mar.2002, p. 73-74).

São normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura. Nestas a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outra disposição legal virá integrar. Nessas leis existe sempre um comando ou uma proibição, mas enunciados, em geral, de maneira genérica, a que só a disposição integradora dará a configuração específica. A norma integradora estabelece, então, as condições ou circunstâncias que completam o enunciado do tipo da lei em branco. Traz para a lei em branco um complemento necessário, mas na lei penal é que se encontra, embora insuficientemente definido, o preceito principal. A norma complementar resulta uma fonte subsidiária do Direito Penal, mas fonte importante porque as condições que ela estabelece irão constituir elementos integrantes do tipo da lei em branco e determinar a aplicação da sanção. [...] O dispositivo que completa a lei em branco pode estar contido na mesma lei penal, ou provir do mesmo órgão legislativo ou de ato de autoridade diferente. Pode ser de outra lei da mesma fonte donde emanou a lei penal, ou leis ou regulamentos originários de outros poderes.<sup>275</sup>

Foi Edmund Mezger que, por assim dizer, aperfeiçoou ou evoluiu a identificação feita por Binding, reconhecendo que os elementos normativos de completude da lei penal incriminadora podem estar contidos na mesma lei ou em outra lei emanada da mesma fonte legislativa (*leis penais em sentido amplo*) ou estar contidos em outra norma originada de outra autoridade (*leis penais em sentido estrito*)<sup>276-277</sup>.

---

<sup>275</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 122. Da mesma forma, também: “consisten en cominaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho.” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2. ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid : Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 156); “Norma penal em branco é aquela cujo preceito primário é completado por outra norma, ‘no todo ou em parte’. Cumpre ao operador do direito identificar esta norma e integrá-la ao tipo, na exata medida em que este a reclama” (GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. op. cit., p. 30).

<sup>276</sup> “Por leyes penales en blanco, entendemos, en cambio, aquellos tipos que en su forma externa (y no, por lo tanto, por necesitar una valoración como ocurre en el caso previsto en el N. I, 2b) remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos. Esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico-penales accesorias. [...] Las leyes penales en blanco en sentido amplio, en las cuales el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa. [...] Las leyes penales en blanco en sentido estricto, en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa, por ejemplo, una sanción penal establecida en una ley del Reich contra una infracción a normas del derecho de los Estados.” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Trad. de Ricardo C. Núñez, Buenos Aires : Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 154). No mismo sentido: “Assim, nas leis penais em branco em sentido amplo o tipo e a sanção encontram-se separados externamente, sendo que a sanção vincula-se apenas a um tipo que necessita ser complementado, podendo distinguir-se duas hipóteses: a) a complementação necessária está contida na mesma lei, o que, conforme Mezger, implica tão só em um problema de pura técnica legislativa; e b) o complemento está contido em outra lei, embora da mesma instância legislativa. Já nas leis penais em branco em sentido estrito a complementação necessária está incluída em uma lei de outra instância legislativa.” (ALFLEN, Pablo. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da Sociedade de Risco, *Política Criminal*, nº 3, Talca, Chile, 2007, p. 4); “La verdadera ley penal en blanco se caracteriza por

Há ainda as chamadas *leis penais em branco de remissão sucessiva ou de regulamentação em cascata* que a completude do elemento do tipo penal não se dá em uma remissão de primeiro grau, mas sim em segundo ou terceiro. Identifica-se uma norma que deve completar o entendimento do elemento do tipo penal, mas essa norma, ao seu turno, faz remissão à outra e assim sucessivamente<sup>278</sup>.

Por sua vez, as leis penais em branco diferem-se dos chamados *tipos penais abertos*. Enquanto nas leis penais em branco a completude se dá por outras normas, nos tipos penais abertos a completude se dá pelo próprio intérprete. A diferença crucial, portanto, está em *como* se dá o entendimento do preceito primário. Naquelas, o operador do Direito deve identificar a norma ou as normas responsáveis por completar o preceito primário, nos tipos

exigir que la integración del precepto penal o contravencional proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal.” (TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco..., p. 74).

<sup>277</sup> Inclusive, muitas são as classificações possíveis, porém, a fim de manter a coesão e o foco do texto, prefere-se não se estender no tema. Porém, a exemplo, vale citar o que discorre Andrei Schmidt: “São diversas as classificações apresentadas pela doutrina em relação às formas como essa abertura normativa se opera: leis penais em branco próprias (quando o comportamento normativo é dado por instância não legislativa) e impróprias (quando o complemento provém da mesma lei ou de lei de igual hierarquia); leis penais em branco em sentido estrito (quando o pressuposto normativo se encontra em instância não legislativa, a quem competiria, em definitivo, exercer a ameaça legal) e elementares normativas de conteúdo jurídico (quando o pressuposto normativo é dado pelo próprio legislador); remissão em bloco (quando a infração da norma administrativa é pressuposto de adequação típica) e remissões interpretativas (quando a norma extrapenal é necessária para interpretar ou integrar um elemento típico); remissão integral em bloco (quando a lei penal se limita a estabelecer a sanção, delegando a integralidade da proibição a outra competência) e remissão parcial em bloco (quando apenas um dos aspectos do tipo sofre reenvio); remissão expressa (a lei estabelece com clareza o preceito que deverá ser complementado) e remissão tácita (a integração da norma advém de uma valoração jurídica não exigida expressamente pelo tipo penal); leis penais em branco dinâmicas (o conteúdo da remissão é dado por círculos profissionais competentes) e leis penais em branco estáticas (regulação técnica concretamente determinada e com conteúdo vigente no momento da remissão).” (SCHIMIDT, Andrei Zenkner. op. cit., p. 137).

<sup>278</sup> Esse fenômeno leva Andrei Schimidt, por exemplo, a questionar a própria utilidade das classificações, lembrando que esse que vos escreve é também adepto da ideia de que não há classificação certa ou errada, mas útil ou inútil: “A relevância da distinção entre elementares normativas (de interpretação conceitual – quando o complemento é dado por norma de igual hierarquia – ou de valoração de conduta – quando a complementação baseia-se exclusivamente numa valoração judicial) e normas penais em branco assume, especialmente nos delitos econômicos, uma missão meramente classificatória: as técnicas de reenvio em cascata seguidamente impossibilitam uma distinção de categorias que, ao fim e ao cabo, se submetem aos mesmos parâmetros de eficácia intertemporal. Entendemos por regulamentação em cascata os casos, muito comuns no direito penal econômico, em que o complemento da elementar normativa tem suas diretrizes gerais definidas por outra instância legislativa que, de seu turno, delega a outras instâncias o poder de melhor explicitar os termos do ilícito” (SCHIMIDT, Andrei Zenkner. idem, p. 138). Também sobre esse fenômeno: “Quanto à norma complementadora: é possível que a norma penal em branco remeta a uma norma e esta, a seu turno, faça remissão a uma terceira. Tem-se, então, norma penal em branco em remissão sucessiva ou em segundo grau. Reportada situação torna mais aguda a tensão entre as normas penais em branco e reserva legal. Por outro lado, a norma complementadora pode fazer alusão expressa ao fato de que integra o preceito primário de um tipo penal. Quando isto ocorre, tem-se uma cláusula de remissão inversa, reduzindo a incerteza inherente à norma penal em branco e minimizando o atrito entre esta e o princípio da taxatividade da norma penal, vertente do princípio da reserva legal no que exige de *lex certa*.” (GUARAGNI, Fábio André. BACH, Marion. op. cit., p. 31).

penais abertos, ao seu turno, não há essa identificação, mas a valoração e compreensão pelo próprio intérprete<sup>279</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor parece trazer um exemplo interessante dessa distinção a partir da análise comparativa dos crimes previstos nos seus artigos 65 e 66. O primeiro dispõe ser crime “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.” e o segundo diz ser crime “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. O primeiro parece ser uma lei penal em branco, o segundo um tipo penal aberto. Enquanto no crime do artigo 65 cumpre ao operador do Direito buscar e identificar a norma ou as normas que perfazem a “determinação de autoridade competente” para avaliar se o serviço de alto grau de periculosidade foi executado em contrariedade e, assim, de forma criminosa, no artigo 66 não parece haver essa remissão, cumprindo ao intérprete, no caso em concreto, dar sentido para os elementos normativos “afirmação falsa ou enganosa” e “informação relavante”<sup>280</sup>.

Outro exemplo que parece frutífero nessa tarefa de compreensão da diferença é comparar os crimes dos artigos 4º e 16 da Lei nº 7.492 de 1976. Enquanto o primeiro dispõe ser crime “Gerir fraudulentemente instituição financeira”, o segundo dispõe ser crime “Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. O primeiro se apresenta como tipo penal aberto (interpretação do elemento normativo “gerir fraudulentamente”) ou segundo como lei penal em branco dependente da leitura da Lei nº 9.069 de 1995 e da Circular nº 3.691 de 2013 do Banco Central do Brasil.

Duas perguntas sobre essa distinção surgem nesse trabalho: por que diferenciá-los e por que mencionar a ideia de tipo penal aberto nesse trabalho? A resposta para ambas parece estar no fato de que o Direito Penal Econômico também muito se utiliza dos tipos penais abertos para criminalizar condutas, justificando sua menção. Basta se ver os exemplos: o já

<sup>279</sup> “A incompletude de ambas reside no preceito primário. Enquanto o preceito primário dos tipos nas normas penais em branco, é completado por outras normas, os tipos abertos são completados pelo operador do direito, que realiza o ‘fechamento do ripo no caso concreto’, na corrente expressão brasileira de salas de aula. [...] Na suma, normas penais em branco e tipos penais abertos são iguais no fato de apresentarem preceitos primários incompletos; a diferença é o modo de completar. Desde logo, a incompletude de ambas denuncia que são dependentes de integração, efetuada de maneira diversas” (GUARAGNI, Fábio André. BACH, Marion. op. cit., p. 28). No mesmo sentido:

<sup>280</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em 02.03.2019.

mencionado art. 65 do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos elementos normativos “afirmação falsa ou enganosa” e “informação relavante”; o art. 4º da Lei nº 8.137 de 1990 em relação aos elementos “abusar do poder econômico”, “dominando o mercado” e “eliminando, total ou parcialmente, a concorrência”<sup>281</sup>; arts. 3º e 4º da Lei nº 7.492 de 1986 em relação aos elementos normativo “informação falsa ou prejudicialmente incompleta” e “gerir fraudulentamente”<sup>282</sup>; ou, então, o art. 27-C da Lei nº 6.385 de 1976 em relação aos elementos “operações simuladas” e “manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação”<sup>283</sup>.

Porém, não parece, *a priori*, que isso lhe seja uma peculiaridade própria, nem mesmo parece que os tipos penais abertos sejam mais utilizados no Direito Penal Econômico em relação ao Direito Penal Geral, basta ver nesse a presença de vários exemplos como os elementos normativos “motivo torpe” e “motivo fútil” do crime de homicídio qualificado (art. 121, §2º, do CP); “fato ofensivo à sua reputação” do crime de difamação (art. 139 do CP); “mal injusto e grave” do crime de ameaça (art. 147 do CP); “violação indevida de mecanismo de segurança” do crime de invasão de dispositivo informático (art. 154-A do CP); “coisa alheia móvel” do crime de furto (art. 155, *caput*, do CP); “vantagem ilícita” do crime de estelionato (art. 171 do CP); “ato libidinoso” do crime de estupro, etc. São todos elementos normativos cujo conteúdo e criminalização do agente depende diretamente da interpretação do operador do Direito.

A técnica do *tipo penal aberto*, assim, parece se caracterizar mais como uma técnica legislativa do Direito Penal como um todo do que uma *diferença* própria dos delitos econômicos, razão pela qual não parece, aprioristicamente, representar um elemento de distinção rumo à autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico.

A legislação brasileira é abundante em exemplos de leis penais em branco. Talvez o mais mencionado seja o crime de tráfico previsto no art. 33 da Lei nº 11.343 de 2006 segundo o qual constitui crime “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar,

<sup>281</sup> “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas.”.

<sup>282</sup> “Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira. [...] Art. 4º Gerir fraudulentemente instituição financeira.”

<sup>283</sup> “Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.”.

prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Justamente, a incompletude reside na expressão *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*, que só é preenchida pela análise da Portaria nº 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Uma lei penal em branco *strico sensu*, portanto.

Outra dessa espécie é o art. 29 da Lei nº 9.605 de 1998, segundo o qual é crime "Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.", devendo a expressão *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida* ser preenchida pelas normas administrativas de direito ambiental pertinente, a depender da espécime da fauna objeto do ilícito.

Já como exemplos de leis penais em branco *lato sensu*, é possível citar o crime do art. 237 do Código Penal segundo qual comete o delito quem "Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta.", sendo as causas de impedimento compreendidas em outra lei de mesma fonte legislativa, qual seja a partir do art. 1.521 do Código Civil. Da mesma forma, o crime de peculato do art. 312 do CP, segundo o qual é crime "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.", sendo a definição de *funcionário público* apresentada pelo próprio Código Penal, no art. 327 em norma penal explicativa: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.".

No contexto do Direito Penal Econômico, o fenômeno das leis penais em branco é ainda mais notado, elevando de forma consistente o grau de preocupação do compliance, sobretudo, como se verá, com o necessário e recomendável mapeamento constantes de todas as normas pertinentes e respectiva informação aos colaboradores a esse respeito. Os exemplos são muitos e vários deles poderiam figurar nesse trabalho a título ilustrativo.

O primeiro deles, em que inclusive o fenômeno da *regulamentação em cascata* ou de *remissão sucessiva* se apresenta é o crime de evasão de divisas previsto no art. 22 da Lei nº 7.492 de 1976, segundo o qual comete o delito quem "Efetuar operação de câmbio não

autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País.”. A *pedra de toque* de compreensão do preceito primário é justamente entender o que é uma *operação de câmbio não autorizada*. Embora se saiba que a “operação de câmbio” pode ser interpretada como *a compra e venda de moeda estrangeira*<sup>284</sup>, saber se ela é ou não autorizada depende necessariamente do conhecimento do art. 65 da Lei nº 9.069 de 1995, ou seja, por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou beneficiário. No seu §1º, são excetuadas as situações do porte de moeda que fogem a essa regra, quais sejam: o porte, em espécie, dos valores: quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00; quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00; e quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente. Há, ao final, outra remissão à norma regulamentar, no caso à Circular nº 3.691 de 2013 do Banco Central do Brasil.

Na mesma lei, como já mencionado anteriormente, tem-se um outro bom exemplo contido no art. 16, segundo o qual é crime “Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio.”. A existência ou não de autorização para operar passa também pelo entendimento da Lei nº 9.069 de 1995 e da Circular nº 3.691 de 2013 do BACEN.

A três, é o delito de uso de informação privilegiada previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385 de 1976, que criminaliza, dentre outras, a prática conhecida como *insider trading* e sobre o qual já se falou no primeiro capítulo. Em linhas bem gerais, criminaliza a conduta daquele que, portador antecipadamente de informação relevante, utiliza dessa para negociar no mercado mobiliário, obtendo vantagem indevida para si ou outrem. Diz o dispositivo: “Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários.”. A definição de *informação relevante* está prevista no art. 2º da Instrução nº 358 de 2002 da Comissão de Valores Mobiliários<sup>285</sup>.

<sup>284</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*, vol. 1, São Paulo : Saraiva, 2006, p. 443.

<sup>285</sup> “DEFINIÇÃO DE ATO OU FATO RELEVANTE. Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo

Como quarto exemplo, os crimes ambientais previstos no arts. 38, 40, 45, 50-A, 55 e 56 da Lei nº 9.605 de 1998<sup>286</sup>. Todos de alguma forma adotam a técnica de remissão para outras leis ou normas, devendo o operador do Direito identificar quais são tais normas a fim de trazer completude às leis penais em branco.

O mesmo se diga, como quinto exemplo, os crimes previstos nos artigos 89 e 92 da Lei nº 8.666 de 1993. O primeiro que faz remissão à própria Lei de Licitações, segundo o qual constitui crime “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar

ponderável: I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III - na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados. Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: I - assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; II - mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; III - celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia; IV - ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa; V - autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro; VI - decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta; VII - incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas; VIII - transformação ou dissolução da companhia; IX - mudança na composição do patrimônio da companhia; X - mudança de critérios contábeis; XI - renegociação de dívidas; XII - aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações; XIII - alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia; XIV - desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação; XV - aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas; XVI - lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proveitos em dinheiro; XVII - celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público; XVIII - aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação; XIX - início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço; XX - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia XXI - modificação de projeções divulgadas pela companhia; XXII - pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.”.

<sup>286</sup> “Art. 38. Destruir ou danifar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção; Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização; Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais; Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente; Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.”; Art. 56. Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. Sobre esse art. 56, inclusive, é de se conferir o já pronunciado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “é de se ponderar que a conduta ilícita prevista no dispositivo supracitado é norma penal em branco, cuja complementação depende da edição de outras normas, que definam o que venha a ser o elemento normativo do tipo ‘produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente’. No caso específico de transporte de tais produtos ou substâncias, o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos (Decreto n. 96.044/1988) e a Resolução n. 420/2004 da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, constituem a referida norma integradora, por inequivocamente indicar os produtos e substâncias cujo transporte rodoviário é considerado perigoso. (STJ, REsp nº 1.439.150/RS, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05.10.2017, DJe 16.10.2017, Inf. de Jurispudência nº 613).

de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.”, o segundo que faz remissão não só à lei mas também a atos administrativos concretos: “Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.”.

Ainda dentro do exercício da atividade econômica, também no Código Penal são localizados exemplos. São os casos do chamado crime de apropriação indébita previdenciária outrora referido (art. 168-A do CP) em que a definição do *prazo legal* cujo desrespeito perfaz o delito depende diretamente da legislação e atos administrativos previdenciários pertinentes; e dos crimes de descaminho e contrabando (arts. 334 e 334-A do CP), ficando, respectivamente, os elementos normativos de “pagamento de direito ou imposto devido” e “mercadoria proibida” a cargo das regulamentações legais e administrativas pertinentes.

Com efeito, ao se falar em Direito Penal Econômico, o uso das leis penais em branco se dá de forma pródiga, sendo possível que muitas outras páginas desse trabalho fossem dedicadas a exemplos. Há uma justificativa para isso, uma justificativa para que de fato o Direito Penal Econômico se valha dessa técnica legislativa penal diferenciada em maior quantidade.

De acordo com o dito até esse ponto, lembra-se que o Direito Penal Econômico está intrinsecamente ligado à atividade econômica, devendo funcionar como *ultima ratio* enquanto instrumento estatal das políticas econômicas constitucionalmente previstas. Nessa perspectiva, também como visto, os bens jurídicos tutelados pelos crimes econômicos estão intrinsecamente postos nessa atividade, que é dinâmica, fluída e contextual por natureza.

As leis penais em branco surgem, portanto, como técnica legislativa diferenciada, vocacionada ou ao menos intentada a assegurar que a norma penal criminalizadora esteja efetivamente atualizada e espelhada em relação a esses bens jurídicos tutelados, que por sua vez são formatados contextualmente, de acordo com o direcionamento contemporâneo do Estado, com o momento histórico e com as necessidades sociais contemporâneas<sup>287</sup>. Como diz Andrei Schmidt:

---

<sup>287</sup> Nesse sentido: “Al abordar empleos aspectos de la actividad empresarial, el Derecho penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal. Surgen delitos que se constituyen como mala quia prohibita.

A transferência de poder das instâncias legislativas para as executivas, facilmente identificada em Estado de raiz democrática pautados por uma economia de mercado, quanto seguidamente criticável, é um instrumento útil para repostas rápidas a demandas variáveis de controle institucional que mal se acomodam à densa estrutura imanente ao processo legislativo. [...] O tipo de ilícito econômico é genuinamente predisposto a se abrir para cláusulas de reenvio que repercutem significativamente na noção de tipicidade do crime econômico, de modo a ajustar a estaticidade da norma penal às frequentes variações da política econômica.<sup>288</sup>

E ainda, Klaus Tiedemann:

La razón del empleo de la técnica del “espacio en blanco” radica fundamentalmente en que al establecer un marco de prohibición penal deben ser tenidas en cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo.<sup>289</sup>

Em outras palavras, a ausência da utilização da lei penal em branco, somada às características inerentes do processo legislativo penal, informado pelo necessário debate democrático – porém demorado e repleto de amarras inerentes ao próprio processo, resultaria em uma desatualização e desconexão da lei penal com os bens econômicos juridicamente tutelados, implicando, ao fim e ao cabo, a limitação do Direito Penal Econômico em sua função e a insegurança jurídica. Como sinaliza Manoel Pimentel, “claro está que a principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado de autoridade legislativa de maior categoria através do moroso e complicado processo.”<sup>290</sup>

Así se genra una accesoriadad, más fuerte o más débil, frente al Derecho público o privado, que se manifiesta en la conformació de tipos abiertos (leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico, en especial elementos de valoración globl del hecho).” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Fundamentos del Derecho...*, p. 8-10); “En el campo del tipo, en el Derecho penal económico es característico el empleo de leyes penales en blanco; que son totalmente «abiertas» o lo están en parte, es decir, que remiten a otras normas jurídicas (dadas por un productor de normas, jerárquicamente inferior, o a actos administrativos) para que las llenen y completen.” (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal...*, p. 23); e “Dada a já aludida vetorialidade e instabilidade das normas económicas, é que se tem recomendado a criação de tipos legais de crimes que sejam aptos a acompanhar essa agilidade da vida econômica. [...] Propugna-se por um tratamento diferenciado relativamente aos delitos econômicos. As técnicas empregadas na sua tipificação prefeririam o emprego de normas penais em branco, de tipos de perigo (concreto ou abstrato), de elementos normativos, de cláusulas gerais e da supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. op. cit., p. 161).

<sup>288</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. op. cit., p. 136-137.

<sup>289</sup> TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco..., p. 75-76 .

<sup>290</sup> E continua: “As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples, de fácil maneabilidade, como é o caso da alteração da tabela de preços, dependente de mero ato administrativo e não do laborioso sistema de edição de lei ordinária.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. op. cit., p. 50). Também sobre as vantagens político-criminais do uso das leis penais em branco: “De fato, as normas penais em branco têm dupla utilidade político-criminal: a) a remissão a complementos cuja edição exige menos

No entanto, embora tenha essa enorme vantagem do ponto de vista de técnica legislativa, assegurando que o Direito Penal Econômico siga mais próximo do sucesso de sua missão, conferindo maior estabilidade à lei incriminadora diante da mutabilidade da atividade econômica, o uso corrente de leis penais em branco apresenta dois problemas delicados: um primeiro relacionado ao próprio princípio da legalidade que orienta todo o Direito Penal e um segundo relacionado à presunção absoluta de conhecimento da lei penal e a figura do erro de proibição, problema esse que é particularmente sensível ao ajuste de conformidade do compliance. Vale, aqui, citar a observação de Ana Elisa Bechara:

Sob a perspectiva material, porém, a utilização crescente das normas penais em branco, de modo a vincular o tipo penal a normas extrapenais, gera diversas dificuldades, especialmente quando ocorre a remissão a âmbitos jurídicos de menor hierarquia, conforme o conceito estrito de BINDING, e pouco conhecidos pelo Direito Penal, dotados de princípios e lógica sistêmica distintos e, por isso, potencialmente contraditórios em relação aos parâmetros de limitação da intervenção penal. Nessa linha, inclusive, observa-se que as normas complementadoras extrapenais não raras vezes apresentam deficiências de clareza e determinação, as quais passam a afetar o tipo penal complementado, tornando-o ilegítimo, por ofensa ao princípio da legalidade. Ainda mais problemáticas se relevam as normas penais em branco quando são utilizadas para além da remissão de aspectos meramente complementares à esfera extrapenal, configurando uma cessão encoberta de competência legislativa a instâncias desprovidas de legitimidade constitucional como fontes de poder punitivo e, assim, uma violação ao princípio da divisão de poderes.<sup>291</sup>

Muito bem, em relação ao princípio da legalidade esse é um dos postulados mais caros, senão o mais caro, do Direito Penal brasileiro<sup>292</sup> e, por absoluto, do Direito Penal

formalidades que a lei penal permite uma constante atualização do tipo incriminador, sem que tenha que ser revisado mediante sucessivos projetos de lei; b) numa sociedade detentora de conhecimentos técnicos profundos, montada sobre o avanço tecnológico produzido pelo cogito e pela Revolução Industrial, na qual um homem ‘especialista’ passa a vida estudando, v.g. um concreto fenômeno da física, o conhecimento técnico é absolutamente necessário para a edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas. O direito penal, ao assumir a função de redução de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros. Em todas as áreas, abre-se a necessidade de preservar a confiança nos ‘sistemas peritos’, enquanto conhecimentos técnicos repetida e publicamente testados, viabilizadores de produtos e serviços como bens de consumo. Para tanto, necessita de dados técnicos cujo conhecimento, de regra, não é encontrado no âmbito do Poder Legislativo. Usualmente, o Estado conta com técnicos detentores destes conhecimentos no âmbito do Poder Executivo.” (GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. op. cit., p. 33-34).

<sup>291</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 255-256.

<sup>292</sup> “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva. [...] Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”. (ROXIN, Claus. op. cit., p. 137); “Podem-se visualizar três

Econômico, sendo inclusive um dos pilares dogmáticos<sup>293</sup>, como referido outrora, que bem inviabilizam racionalmente a autonomia total da matéria. Como outrora identificado por Franz Von Liszt “a lei é a única fonte do direito penal. Todas as disposições penais pertencem, pois, ao direito estatuído.”<sup>294</sup> Está consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e no Código Penal, em seu artigo inaugural “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”. Na essência, portanto, a lei é a fonte imediata do Direito Penal, inexistindo a caracterização de crime sem que a ação ou omissão esteja prevista em lei – quer dizer, o texto oriundo de um processo legislativo regular.

Porém, no caso das leis penais em branco, como visto, as leis incriminadoras carecem de completude, remanescendo os elementos aptos a conferi-la em outras leis (leis penais em branco *lato sensu*) ou em outras regulamentações que não leis (leis penais em branco *stricto sensu*), resultando em questionamentos sobre a constitucionalidade de tais leis, especialmente, por afronta ao “art. 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a reserva legal da matéria penal, constituindo a lei penal em branco uma delegação legislativa constitucionalmente proibida.”<sup>295</sup> Na ótica do Direito Penal Econômico, identifica-se a acentuação dos questionamentos a esse respeito<sup>296-297</sup>.

E, sem se estender muito no estudo do tema que foi e é digno de estudos acadêmicos a ele dedicados exclusivamente, fato é que o uso das leis penais em branco nessa ordem de

significados, a abordar o princípio da legalidade. No prisma político implica uma garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica subdivide-se em dois sentidos, um lato e outro estrito. Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF). Quanto ao sentido estrito (ou penal), quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine.” (GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. REGO, Davi Uruçu. op. cit., p. 488).

<sup>293</sup> “O Direito Penal distingue-se, no quadro do Direito positivo, pela importância dos bens jurídicos que tutela e pela gravidade da sua sanção. Tem por isso de revestir-se, mas que qualquer outro, de condições de certeza e precisão, que a lei em particular é que lhe pode assegurar. A fonte imediata do Direito Penal é a lei, a sua fonte formal, em que se fundamenta o seu sistema, que é, assim, muito mais rígido e fechado do que o dos outros ramos do Direito.”. (BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 121).

<sup>294</sup> E segue: “A legislação penal moderna parte da hypothese de que ella é completa e sobre esta hypothese funda o principio do seu *exclusivismo*. Tal é o preceito formulado nesta proposição que desde o período philosophico (Constituição francesa de 3 de Setembro de 1791) encontra-se regularmente nos códigos.” (LISZT, Franz Von. op. cit., p. 132).

<sup>295</sup> GUARAGNI, Fábio André. BACH, Marion. op. cit., p. 211.

<sup>296</sup> “En relación con el principio de legalidad, no parece discutible que determinados problemas se manifiestan con una incidencia muy particular, como es el caso de las leyes penales en blanco, pues esta técnica de configuración de los tipos no es infrecuente cuando se aborda la descripción de los comportamientos que inciden especialmente en este ámbito.” (PÉREZ DEL VALLE, Carlos. op. cit., p. 29); “

<sup>297</sup> A esse respeito, inclusive, recomenda-se a leitura de item pertinente nas páginas 41 a 58 da obra MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

ideias tem sido aceito<sup>298</sup>. Porém, ainda que aceito, é necessário o estudo dos pressupostos de tal aceitação, a fim de entender os limites possíveis de delegação a normas extrapenais, ou seja, o que essas podem ou não versar a ponto de poder resultar na responsabilização penal (ainda que na justificada dinâmica da criminalidade econômica). A esse respeito, vale citar mais uma vez, a exposição de Ana Elisa Bechara:

Em razão dos mencionados questionamentos relacionados à legitimidade da utilização das normas penais em branco, sua admissibilidade foi condicionada a alguns requisitos elaborados pela jurisprudência. Assim, no âmbito alemão, opõe-se como limite absoluto o cumprimento, pelo tipo penal, das exigências qualitativas de conteúdo, objeto, fim e extensão, de fora que para o cidadão os limites da intervenção penal restam previsíveis e calculáveis. A norma penal deve expressar ao menos a finalidade de proteção legal de forma clara, impondo barreiras a uma extensão arbitrária da interpretação. Além disso, exige-se que a técnica seja a única da qual dispunha o legislador para regular a matéria no âmbito penal. Caso se verifique que era possível evitar a utilização de determinada norma penal em branco por meio do emprego de outras técnicas menos imprecisas, tal norma penal será considerada ilegítima, por violar o princípio da legalidade, em seu requisito de determinação. Também a jurisprudência espanhola reconheceu a necessidade de imposição de limites às normas penais em branco, sob a terminologia “núcleo essencial”, significando que o tipo penal deve conter os elementos básicos do delito, constituindo a norma complementar somente uma “colaboração regulamentadora” com o fim de tornar mais preciso o injusto penal já previamente definido. [...] De qualquer forma, conforme adverte Helena Regina Lobo da Costa, não raras vezes parece difícil diferenciar elementos essenciais e complementares do tipo penal, podendo essa falta de precisão esvaziar as garantias estabelecidas no âmbito jurisprudencial para a utilização legítima das normas penais em branco. Com efeito, em grande parte das normas penais em branco presentes no ordenamento jurídico-penal, a infração administrativa prevista no tipo é tão imprescindível para a configuração do injusto quanto os demais elementos típicos descritos pelo legislador, podendo-se concluir que “*sem infração administrativa, não há delito*”. Nessa linha, todos os elementos previstos no tipo penal, inclusive os resultantes de remissões, seriam essenciais ao delito, sendo impossível uma diferenciação convincente entre uns e outros. Em vez da dicotomia entre núcleo essencial e elementos acidentais como critério central para o exame da legitimidade das normas penais em branco, parece, assim, melhor, porque concretamente mais viável, lançar mão do conceito

---

<sup>298</sup> Como exemplos da admissão da técnica, dentre muitos, é a posição das 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Turmas do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, sobre os crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666 de 1993 (STF, Inq. nº 3.962, 1<sup>a</sup> T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 20.02.2019, DJe 11.09.2018) e nos arts. 33 da Lei nº 11.343/2006 e 290 do Código Penal Militar (STF, HC nº 128;894, 2<sup>a</sup> T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.08.2016, DJe 27.09.2016), bem como a posição do Superior Tribunal de Justiça em relação ao crime do art. 56 da Lei nº 9.605 de 1998 (STJ, REsp nº 1.439.150/RS, 6<sup>a</sup> T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05.10.2017, DJe 16.10.2017, Inf. de Jurispudência nº 613); em relação ao referido art. 33 da Lei nº 11.343 de 2006 – tráfico de drogas (STJ, REsp nº 1.537.773/SC, 6<sup>a</sup> T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.08.2016, DJe 19.09.2016, Inf. de Jurispudência nº 590); em relação ao art. 282 do Código Penal – exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica (STJ, RHC nº 66.641/SP, 6<sup>a</sup> T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 03.03.2016, DJe 10.03.2016, Inf. de Jurispudência nº 578); e em relação ao crime do art. 16 da Lei nº 10.826 de 2003 – guarda de munição de arma de uso restrito (STJ, APn nº 657/PB, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21.10.2015, DJe 29.10.205, Inf. de Jurispudência nº 572). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 02.03.2019.

material de delito, identificado como ofensa concreta de um bem jurídico. Sob tal perspectiva, pode-se reconhecer a exigência de que a matéria de proibição esteja compreendida com suficiente certeza na norma com o dever imposto ao legislador penal de configurar claramente nesse âmbito o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. Desse modo, da leitura de uma norma penal em branco deve-se ainda poder depreender qual é o bem jurídico específico protegido e quais são as condutas proibidas em razão da concreta ofensa daquele. Tais categorias não podem ser objeto de delegação a outras esferas. Quando o legislador penal renuncia a definir a matéria de proibição, remetendo-a à autoridade administrativa, permite o esvaziamento material do tipo a elevação de meras infrações administrativas à categoria de delito, em afronta ao requisito de reserva da lei. Portanto, para que uma norma penal em branco seja considerada legítima, a infração administrativa objeto de remissão pode constituir apenas um elemento complementar do tipo, cuja matéria da proibição deve permanecer na esfera penal.<sup>299</sup>

Por essas razões, para fins de estudo do compliance, uma análise mais profunda parece não levar a maiores resultados práticos ou mesmo científicos, o que distanciaria esse estudo de um dos seus principais objetivos. O encanto acadêmico do tema não parece encontrar efetividade nas discussões de conformidade, muito menos parece ecoar, nesse momento, chances de sucesso no afastar de responsabilizações.

Perspectiva diferente, se dá quanto à presunção absoluta de conhecimento de lei<sup>300</sup> e a figura do erro de proibição cuja incidência se dá com muita frequência se se trata de Direito Penal Econômico. É situação, portanto, muito presente no contexto em que o compliance se desenvolve e sobre a qual certamente um programa de integridade deve se debruçar, o que parece apresentar mais um exemplo de relação de operacionalização entre os conceitos.

Não é difícil imaginar, v.g., situações em que se desconhece, na prática, recente norma regulamentar sobre encaminhamento de valores ao exterior ou sobre operacionalização de câmbio, novo ato administrativo desautorizando qualquer atividade em determinada área ambiental, ou novo ato administrativo sobre obrigação acessória tributária. Ou, ainda, em discussão recente, regulamentações ainda mais complexas que demandam alto conhecimento técnico, inclusive, para se avaliar a antijuridicidade ou não das condutas, bastando pensar nas difíceis regulamentações relacionadas aos criptoativos por exemplo, que já são de difícil

<sup>299</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 256-258.

<sup>300</sup> “Presente porventura já no direito justiniano, consagrada no Codex Legum Visigothorum, reforçada certamente por obra dos glosadores, a máxima ‘ignorantia legis neminem excusat’ estabeleceu-se, sobretudo nos países latinos, como princípio intocável do direito moderno.”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 6. ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2009, p. 53).

intelecção para profissionais jurídicos e da tecnologia da informação, quem dirá para outros personagens de conhecimento técnico mais distante de tal tema.

Não se ignora a influência de fatores sociológicos e criminológicos no conhecimento da lei penal ou, melhor, da norma penal incriminadora – na perspectiva de que essa surge após a integração interpretativa da lei penal em branco e a correspondente norma complementadora – fato é, porém, que o erro de proibição é fenômeno que no Direito Penal Econômico têm marcadamente uma origem: o uso frequente das leis penais em branco aqui estudado. Com a pulverização de normas complementadoras e frequentes alterações, é natural que, na prática, aumentem significativamente as situações em que o agente do fato ou aquele a respeito do qual devesse ter agido ignore a antijuridicidade da conduta ou acredite fielmente, e com uma percepção falsa, que o fato está de acordo com o Direito<sup>301</sup>.

Ainda sobre o erro de proibição, cabe uma distinção. Embora oriundos dessa mesma raiz técnica, é oportuno dizer que não se confunde com o erro de tipo. São fenômenos que incidem em campos diferentes da dogmática da teoria do crime. Enquanto a análise do erro de tipo se dá no campo da tipicidade, a análise do erro de proibição se dá no campo da culpabilidade. No erro de tipo, o agente acredita praticar fato ou estar diante de fato – se tinha o dever de agir – diferente daquele efetivamente exteriorizado e criminalizado pela norma

---

<sup>301</sup> “Quisiera, para terminar, ocuparme ahora del otro problema con bastante frecuencia suele plantearse en el ámbito de la delincuencia económica con peculiaridades propias. Me refiero al *error de prohibición*. En un mundo tan tecnificado y complejo como es el mundo de las actividades económicas es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intricada normativa jurídica extrapenal que lo regula. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante de este sector y es desplorable que toda esa normativa, con rango inferior al de la ley orgánica formal, pueda entrar en el Derecho Penal por a pura falsa de la norma penal en blanco que, en líneas generales, representa una burla del principio de legalidad. La complejidad técnica y a indeterminación de las normas que regulan la actividad económica y sobre todo la intervención del Estado en la economía es una de sus principales características, pero también su principal defecto. Y por ello es lógico que esta complejidad se intente compensar desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.” (CONDE, Francisco Muñoz, op.cit., p. 108). No mesmo sentido de identificar o problema do erro: “En el ámbito del Derecho penal económico existen determinadas cuestiones abiertas y serán abordadas más adelante: desde la discusión sobre los problemas de error en cada uno de los tipos de la Parte especial, y, en particular en el delito fiscal hasta los problemas específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o de individualización de la pena. De esta forma, se puede observar una especial relación entre los problemas particulares del principio de legalidad y del principio de culpabilidad.” (PÉREZ DEL VALLE, Carlos, op.cit., p. 29); “A característica de superposição do Direito Penal Econômico aliada ao emprego de tipos penais em branco coloca a questão do erro no centro da discussão acerca dos delitos econômicos. A normatividade própria da atividade econômica, dinâmica, dispersa, isstável; a atividade interventiva veiculada por meio de diversos instrumentos legislativos e administrativos, acentuam a probabilidade de que se atue com desconhecimento desta ‘infra-estrutura’ extrapenal que integra o âmago do delito econômico.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita, op.cit., p. 168).

penal. No erro de proibição, o agente não conhece ou comprehende falsamente a ilicitude ou a antijuridicidade do fato<sup>302</sup>. Como bem explica Marco Aurélio Florêncio Filho:

O agente, quando incide em erro de proibição, perfaz perfeitamente o juízo de tipicidade, possui consciência atual e a vontade de realizar os elementos contidos no tipo, logo, resta perfeito o dolo. Entretanto, o sujeito ativo não conhece a reprovação de sua conduta ou faz uma má interpretação sobre a reprovabilidade de seu comportamento, afastando a culpabilidade por falta de consciência de antijuridicidade, o que para os finalistas é um elemento autônomo dentro do juízo de culpabilidade. O erro de proibição se distingue do erro de tipo porque neste último o agente crê realizar uma ação diversa da que pratica, ou seja, a análise subjetiva daquilo que pretende realizar é diversa da exteriorizada.<sup>303</sup>

Em outras palavras, se o agente acredita que pratica conduta ou está diante de fato diferentes daqueles criminalizados – seja porque desconhece os elementos objetivos do tipo penal, seja porque os conhece mas acredita que não pratica ou se omite em relação a esses, estar-se-á diante do erro de tipo (*inconsciência naturalística*), previsto no artigo 20 do Código Penal<sup>304</sup>. Se o agente, porém, desconhece a proibição, ilicitude ou antijuridicidade em relação aos fatos que pratica ou sobre os quais se omite, estar-se-á diante do erro de proibição (*inconsciência normativa*), previsto no art. 21 do mesmo Diploma<sup>305-306</sup>. Como consequência, o primeiro exclui o dolo mas permite a caracterização de crimes culposos, e o segundo exclui a culpabilidade. Aliás, faz-se questão de sempre ter referência à omissão penalmente relevante, pois de fato, no contexto do compliance e do Direito Penal Econômico, é categoria dogmática de suma importância, como se verá em item adiante do próximo capítulo.

---

<sup>302</sup> FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal*, São Paulo : Saraiva, 2017, p. 109.

<sup>303</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>304</sup> “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”.

<sup>305</sup> “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”.

<sup>306</sup> “A consciência de antijuridicidade, no estágio atual da teoria do delito, não se confunde com a consciência naturalística prevista no dolo. Os finalistas foram os responsáveis pelo deslocamento do dolo, da culpabilidade para a tipicidade. Na tipicidade encontramos o dolo, representado também pelo elemento intelectivo (consciência). Nesse caso, a consciência é naturalística, precede o elemento volitivo do dolo e direciona a ação do agente para realizar os elementos que descrevem o tipo penal. Já a consciência de antijuridicidade é a consciência da proibição da conduta. É eminentemente normativa e condiz com a reprovação disposta no juízo de culpabilidade. A consciência naturalística direciona a ação que o agente pretende realizar, enquanto a normativa determina que a ação é contrária ao direito. Assim, a consciência de antijuridicidade pressupõe uma valoração do agente, que conhece a reprovação de sua conduta. Percebemos também que o juízo de culpabilidade, conforme o pressuposto epistemológico finalista da ação, se volta ao autor do fato, ao sujeito da ação, diferentemente dos juízos de tipicidade e antijuridicidade relacionados ao fato.” (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. op.cit., p. 106).

Nessa perspectiva, não se afasta a ideia de que a questão do erro de tipo também é relevante. Diante dessa multiplicidade de crimes, leis penais em branco e normas complementares das mais diversas naturezas e esferas, é impensável que isso não influencie diretamente a percepção subjetiva do agente que, conhecedor da lei, acredita que não prática o ilícito. Ao fim e ao cabo, tem-se que o tema do erro (de tipo ou de proibição), como um todo, é de importante destaque no contexto da criminalidade econômica pela grande frequência com que aparece nas discussões dogmáticas e práticas, sobretudo pela utilização técnica abundante das leis penais em branco. Quanto mais complexa essa teia ou trama normativa, maior certamente a incidência da ignorância legal, na acepção técnico-jurídica do termo. Mais um elemento que indica a direção em prol de uma autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico.

Porém, certamente, a questão do erro de proibição, por seu próprio perfil de configuração dogmática, salta aos olhos ao se falar de Direito Penal Econômico e compliance. Com efeito e nesse contexto, o grande tema que surge diz respeito à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. Prevista no início do texto do art. 21 do Código Penal, segundo o qual “o desconhecimento da lei é inescusável”, pressupõe-se de forma absoluta e por manifesta determinação legal que todo e qualquer cidadão conhece a lei, a partir do princípio do *error ius nocet*<sup>307</sup>. E não só, partindo-se da ideia de que essa presunção leva – ou não afasta – a caracterização do crime, inclusive aqueles que se perfazem pela integração da lei penal em branco e das respectivas normas complementadoras – fenômeno com alta incidência na criminalidade econômica – é possível dizer que o texto do art. 21 impõe uma presunção absoluta de que todo e qualquer cidadão não conhece só a lei, mas também a norma penal incriminadora complementar<sup>308</sup>.

E nesse ponto fica a crítica, sobretudo diante dos postulados constitucionais da legalidade e da culpabilidade. Em verdade, tais princípios acabam por exercer relevante e necessário contraponto à própria legitimação constitucional da criminalização de condutas ou fatos que vão de encontro com a política econômica e constitucional do Estado, consideradas todas as premissas já conversadas nesse trabalho anteriormente. São postulados que limitam a

<sup>307</sup> “Una de las más perceptibles tendencias del Derecho penal econtemporáneo es, sin duda, la que lleva, a conferir relevancia, como factor excusante, al ‘error juris’. Los vetustos aforismos ‘errores juris nocet’ y ‘nemo jus ignorare censetur’ se batén hoy en retirada ante la pujanza del principio, proio de la moderna teoría penal, de que no debe haber pena sin culpabilidad.” (AFTALIÓN, Enrique. op.cit., p. 39-40).

<sup>308</sup> “A ideia praticamente mais importante neste contexto é a de que o princípio nada mais exprimiria do que a *obrigação geral de conhecimento das exigências jurídicas*, com a consequente responsabilidade individual pelo não-cumprimento da obrigação”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. op.cit., p. 57).

violência estatal diante de tais fatos, devendo o fenômeno do erro de proibição ser levado com a seriedade devida e como grande *fiel da balança* na sanha de aplicabilidade prática do Direito Penal Econômico, sob pena de se ignorar uma realidadeposta no país de um verdadeiro emaranhado de leis penais em branco e normas complementadoras, pulverizadas nas mais diversas esferas, que, no fim das contas, implica o desconhecimento da antijuridicidade no mundo do ser.

Acompanha-se, no trabalho, a leitura feita por Marco Aurélio Florêncio Filho sobre o fenômeno:

A primeira parte do art. 21 do Código Penal brasileiro afirma que ‘o desconhecimento de lei é inescusável’. Ora, esse princípio de política legislativa, que prevê a presunção absoluta das leis por todos os cidadãos, não pode prosperar nos moldes de um direito penal da culpabilidade, que tem por base a análise do sujeito. Destacamos inclusive, que na Itália, país no qual permanece ainda dicotomia *erros facti – error ius*, a escusabilidade do desconhecimento de lei já foi reconhecida pela *Corte Constituzionale*, em julgado de 24 de março de 1988. A partir do princípio *error ius nocet*, todos devem conhecer a lei, ou seja, presume-se que o agente tenha ciência de todas as leis, quando, em verdade, nem mesmo os juristas as conhecem [...]. Nesse sentido, não podemos exigir a presunção de conhecimento absoluto das leis penais por todos os cidadãos brasileiros, visto que atualmente, além de vivermos um momento de “inflação legislativa”, o que impossibilita o conhecimento das leis em vigor até para os juristas, ignoramos a polifonia como meio para aferir a consciência ou não de lei do agente. A grande quantidade de leis em vigor no País e a complexidade de muitas delas dificulta ainda mais a formação da consciência de lei. Isso atrelado ao fato de a população não ter muitos mecanismos de acesso à legislação, pois não é crível que uma pessoa sem formação jurídica leia o Diário Oficial, ficando adstrita apenas ao conhecimento daquelas divulgadas pela mídia ou que fazem parte do cotidiano. [...] Ao ignorar qua sua ação está reduzida em um tipo penal, o indivíduo não poderá entender o caráter legal de sua conduta. A exigência da lei prévia tem o escopo de fazer com que os cidadãos conheçam e compreendam a proibição da ação penal reduzida em um tipo e, assim, evitem realizá-la. O princípio da culpabilidade, uma necessária consequência da legalidade, impede o poder punitivo estatal de agir quando não existir conhecimento e compreensão, pelo cidadão, da lei penal. Assim, não há mais como sustentarmos, baseado no Estado Democrático de Direito, o princípio do *error ius nocet*, uma vez que ele não está em harmonia com os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade. [...] A culpabilidade tem um papel importantíssimo no direito penal, visto que a forma de nos debruçarmos sobre ela indica o direito penal de cada época e Estado. É sabido, pois que, quanto mais aperfeiçoarmos e enriquecemos a noção de culpabilidade, a utilização da pena se mostra menos necessária. Assim, parece-nos nítida a inaplicabilidade da primeira parte do art. 21 do Código Penal brasileiro, por não estar em consonância com os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> op.cit., p. 161-163.

Assim, a pergunta que fica é: como, no atual contexto social e jurídico brasileiro entender que todos os cidadãos – e colaboradores das empresas, na ótica do compliance – tem pleno conhecimento da lei penal, e mais, no caso das leis em branco, de todas as normas complementadoras?<sup>310</sup> A pergunta sequencial é: na perspectiva constitucional de culpabilidade e de necessidade de interpretação contemporânea da lei penal, há ainda espaço para a aplicação da lei penal presumindo-se que todo cidadão conhece a lei? Parece que não. Com efeito, esse é um problema posto que, nesse caminho de ideias, também parece indicar a possibilidade de afirmação da autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico. O uso técnico e mais pródigo das leis penais em branco resulta na verificação mais frequente de situações em que o erro de proibição e que o efetivo conhecimento da lei penal são decisivos se comparado ao Direito Penal Geral.

No tocante ao compliance e na ideia de encontrar nele exemplos de operacionalização que confirmaria a autonomia da referida Teoria, é de se entender como as pessoas jurídicas, seus profissionais – em especial aqueles atuantes na área de compliance – e o programa de integridade devem se adaptar a essa realidade. Ou seja, quais providências devem ser adotadas para que todos (pessoa jurídica e colaboradores como agentes e programa de integridade como instrumento) estejam plenamente ajustados a esse contexto legislativo de abundante uso das leis penais em branco e de presunção absoluta do conhecimento da lei. Como eles podem mitigar ou diminuir as consequências negativas desse cenário, inclusive, *v.g.*, para tentar afastar riscos da responsabilidade penal por omissão de seus agentes?

Antes de respondê-las, parece que a própria existência delas confirma a autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico. A confirmar a pertinência de tais perguntas, o que parece ser o caso, parecendo importante para o compliance entender quais providências de mitigação são relevantes, tal importância apenas surge pelo fato de existir uma formatação diferenciada, parcialmente, na dogmática da criminalidade econômica. A preocupação, assim, só existe e parece confirmar a operação prática da Teoria. No caso, com o destaque a uma

---

<sup>310</sup> Como já ponderava Enrique Aftalión, a busca pelo conhecimento de todos os atos normativos que regulamentam determinada atividade implicaria, na prática, verdadeiro obstáculo ao exercício da própria atividade: “El problema se agudiza especialmente en relación a todos aquellos que se dedican profesionalmente al comercio, a la industria e, incluso, a las tradicionales actividades rurales. Es tal el número de regulaciones dentro de las que hay que encuadrarse, tal el número de requisitos ‘formales’ a los que hay que ajustarse, que el infractor potencial se ve abocado a un verdadero dilema: o dedica su tiempo a sus actividades productivas específicas, o lo consagra a cumplir con las reglamentaciones que se ciercen sobre sus tareas.” (op. cit., p. 41).

delas: a adoção da técnica legislativa diferenciada pautada na utilização pródiga das leis penais em branco. E essa afirmação parece se confirmar pela negativa da hipótese. A ausência da utilização pródiga de tal técnica pelo Direito Penal na seara econômica, provavelmente, revelaria uma ausência de preocupação sobre tais temas.

Feita tal digressão, parece que algumas providências, não exaustivas, seriam muito interessantes.

A primeira delas, por mais óvia que possa parecer, está na necessidade de que a pessoa jurídica, suas áreas e programa de integridade admitam e incorporem essa ideia por todas as suas áreas e procedimentos. A principal ideia é que todos saibam, de forma inequívoca, inclusive, da necessidade de atualização constante e que a pessoa jurídica, até para fins de prestação de contas, transparência e reputação, indique muito claramente que tem conhecimento de como o direito penal econômico é formatado e que o dever de atualização é uma das suas principais diretrizes e missões.

Nessa perspectiva, a segunda providência, é que a área destacada de compliance implemente procedimentos constantes de atualização normativa, tanto das leis penais, como dos respectivos atos normativos complementadores. Nessa tarefa, pode contar tanto com o apoio instruído da área jurídica interna ou de profissionais jurídicos externos. Além disso, as próprias tecnologias da informação podem contribuir diretamente de forma instrumental, operacionalizando tal medida. Basta pensar nas ferramentas de inteligência artificial e na programação de algoritmos, sistemas pré-programados, que realizem a varredura constante e periódica da internet, coletando os novos atos normativos complementadores e imediatamente comunicando-os para todos os colaboradores da empresa. Qual a ideia dessa providência? Tentar concretizar na prática que, não só a atualização é uma preocupação da pessoa jurídica em si, mas que os colaboradores foram cientificados dos novos atos normativos.

Assim, por exemplo, o compliance officer – CO teria relevante fundamento de defesa em caso de imputação penal por omissão no caso da prática de crime por algum dos colaboradores, em razão da prova positiva realizada. Por exemplos, não é difícil imaginar o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público em face dos colaboradores envolvidos diretamente no ilícito e, em concurso de agentes, em face também do CO. No caso concreto, pode ser perfeitamente factível a discussão sobre o erro de proibição por parte dos colaboradores, recaindo sobre o CO a acusação de omissão penalmente relevante na posição

de garante em não ter se dedicado na atualização dos profissionais da empresa, sabedor concretamente de que devia e podia fazê-lo. A providência mencionada pode sanar tal problema ou diminuir suas consequências e riscos sancionatórios.

Vendo a utilização das ferramentas de inteligência artificial por outro ângulo de operacionalização das ideias aqui desenvolvidas, é possível com elas não só coletar e enviar atualizações, como programá-las para que mapeiem e registrem historicamente as alterações normativas, com a emissão dos respectivos relatórios. Nesse ponto, a depender do caso concreto, é possível a formatação de documento que demonstre, com alto grau de poder de convencimento, aquilo que se afirmou anteriormente: a impossibilidade humana de conhecimento da lei. Com isso, ter-se-ia relevante instrumento de afastamento da culpabilidade pelo erro de proibição. Seriam as ferramentas de inteligência artificial a serviço da realidade e da melhor compreensão constitucional da lei penal.

E, por fim, por falar em instrumento e a título de providência, é imprescindível que o programa de integridade, enquanto instrumento de conformidade, contemple a necessidade de atualização normativa por parte dos colaboradores como uma diretriz fundamental. Poderia conter, entre outras medidas: (i) a determinação de que cada colaborador deve estar ciente dos últimos atos normativos, principalmente aqueles relacionados a sua área de atualização, mas não só; (ii) que a área de recursos humanos adote a atualização sobre os atos normativos como um dos parâmetros indicados de seleção de candidatos às vagas nas empresas; (iii) a instituição de avaliações constantes dos colaboradores, inclusive com sanções positivas, promoções, bonificações ou premiações, inclusive como incentivo ao conhecimento atualização; (iv) a determinação que nos *jobs descriptions* ou nos documentos de descrição de atividades dos colaboradores conste o dever de se manter atualizado sobre os atos normativos que são pertinentes à sua atuação e, para as funções de gestão, que os profissionais tenha o dever de buscar assegurar a atualização de seus subordinados; e (v) o fornecimento aos colaboradores de assinaturas dos principais veículos de comunicação jurídicos ou não, no intuito de viabilizar a atualização constante. Essas, sem esgotar outras, parecem ser providências práticas de um programa de integridade que reconhece, enquanto instrumento de implementação da cultura de compliance em ambiente corporativo, a utilização técnica abundante das leis penais em branco e busca, de forma efetiva, mitigar os riscos penais dela decorrentes.

### 3.3.2 A antecipação da tutela penal com a utilização dos crimes de perigo

Em paralelo à utilização das leis penais em branco, a atividade econômica e, sobretudo, a sociedade de risco contemporânea também influenciam a adoção de outra técnica legislativa diferenciada na elaboração dos tipos penais: os crimes de perigo. Como pondera Pierpaolo Bottini:

As estruturas culturais e econômicas que sustentam as relações sociais concedem ao risco um novo papel, agora, *ratio essensi* da sociedade e, ao mesmo tempo, elemento de ameaça à estabilidade do sistema, dados os seus novos contornos. O alto potencial lesivo das novas tecnologias, a dificuldade de estabelecer nexos causais claros e definidos sobre suas consequências e o caráter reflexivo dos riscos geram um sentimento de insegurança em todas as camadas e estratos sociais, que passam a demandar a restrição das atividades arriscadas. Quanto maior a intensidade do risco, ou a aparência de intensidade, maior a demanda por controle, e maiores as medidas impostas para sua inibição. [...] A busca pela segurança ante riscos desconhecidos vai ocupando as pautas de reivindicação social, na proporção em que aumenta a complexidade das novidades tecnológicas e sua capacidade potencial para produzir perigos globais. [...] Diante desta nova organização do atuar humano perante as situações inusitadas de risco presumido, não é de se estranhar o recurso ao direito penal como meio de reforço e de proteção de medidas de precaução estipuladas pelo gestor de riscos.<sup>311</sup>

No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara:

No contexto social atual, muito perigos existentes sobre os quais não havia possibilidade de concreto conhecimento e/ou controle passam a ser percebidos como riscos, em relação aos quais se pode exigir legitimamente o controle que por quem, nas circunstâncias concretas, esteja obrigado a isso. Diante de uma sociedade insegura nos planos objetivo e, fundamentalmente, subjetivo em relação a tais riscos, surgem demandas ao Estado, inclusive na esfera penal, voltadas à proteção material e ao asseguramento da confiança, levando a um Direito Penal caracterizado pelo adiantamento da intervenção em relação aos comportamentos puníveis, redução das garantias individuais e das exigências de imputação e incriminação de condutas até então consideradas socialmente toleráveis ou neutras, reconduzindo à crença da força conformadora ética ou promocional do sistema penal. Sob tal perspectiva, a despeito de os princípios penais

---

<sup>311</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 193-194.

fundamentais seguirem presentes na doutrina, avolumam-se na legislação elementos que contradizem a concepção penal tradicional e levam o sistema penal ao endurecimento e à precaução, na linha de um Direito Penal do risco.<sup>312</sup>

Assim como no caso da lei penal em branco, não é de fato uma técnica exclusiva da criminalidade econômica<sup>313</sup>, mas nessa seara a utilização dos crimes de perigo se dá também com maior frequência, sendo mais um vetor que parece direcionar para a ideia de uma autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico e sua relação com o compliance.

A própria complexidade das atividades econômicas e da sociedade de risco contemporânea, aliada aos fenômenos da globalização, às discussões sobre as finalidades preventivas da sanção penal e às tecnologias da informação, hoje praticamente inerentes a qualquer atividade, levam à ideia de que a tipificação penal não só deve se preocupar com o dano, mas também com as fontes de risco para que o dano aconteça<sup>314</sup>. Assim, em vez da tutela penal e a construção dos tipos penais estarem circunscritas e relacionadas ao dano aos bens jurídicos, ela é antecipada para um momento em que se identifica a sujeição (abstrata ou concreta) do bem jurídico tutelado ao risco, tipificando como crime a exposição do bem jurídico ao perigo.

A tutela penal antecipa-se ao dano ao bem jurídico, com a ideia – por vezes, ilusória<sup>315</sup> – de que o Direito Penal, mediante a legitimação da violência estatal, sancionando

<sup>312</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 147.

<sup>313</sup> Como exemplos dessa afirmação, basta a leitura dos crimes de periclitação da vida e da saúde, dispostos nos arts. 130 a 136 do Código Penal.

<sup>314</sup> “Muito mais complexa é a situação hoje vivida. O chamado Direito Penal da Sociedade de Risco, aliado a todos os problemas da globalização imperante, acabou por transformar o referencial clássico. Crises sociais, como é o trágico fenômeno do terrorismo, ou a incerteza do trato das novas tecnologias, ou, ainda, situações como a da presente investigação, guardando fenômenos econômicos, dão importância ao novo momento explicativo da antecipação penal. [...] A idealização quanto a uma sociedade de risco, inicialmente, como já colocado, feita por Beck, ganhou rápida aceitação em muitas áreas do Direito. Considerando-se, porém, que estes novos riscos quase sempre são decorrentes de, ao menos em tese, decisões humanas, chegou-se à conclusão de que talvez fosse o Direito Penal instrumento eficaz para sua tutela. Daí a alcunhada expressão ‘Direito Penal da Sociedade de Risco’. Ainda que com certo grau de impressão, vez que nem sempre se pode afirmar da ingerência humana na criação de certos riscos (sendo, quiçá, mais apropriado mencionar-se em decisões da humanidade ou de sociedades não individualizadas), fala-se em prevenção e controle das fontes de perigo, bem como de modificações de cunho estrutural no próprio Direito Penal.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 96-97).

<sup>315</sup> “A constatação quanto à dificuldade de se bem definir um conceito completo ao que se tem por criminalidade econômica acaba incrementando o problema. Por certo, a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro, bem como a corrupção deitam importantes raízes nessa consideração. Aqui, a inegável contribuição atribuída ao Direito Penal de Perigo, o qual busca, de todo modo, tratar de situações antes não conhecidas pelo Direito Penal

as fontes de perigo ou risco, evitaria que os bens jurídicos fossem atingidos e resolveria todos os problemas e crises sociais. Dessa forma, nas palavras de Arturo Rocco, enquanto os crimes de dano têm como resultado imediato e efetivo um dano real e concreto ao bem jurídico tutelado, em que a conduta do agente resulta na modificação do mundo exterior, destruindo ou deteriorando o bem, os crimes de perigo são aqueles que não geram um dano, mas tem como resultado imediato e efetivo a criação de um perigo, um dano em potencial ou um dano possível ou provável ao bem jurídico tutelado. Nos crimes de perigo, como resultado da conduta do agente não se tem dano, mas a modificação do mundo exterior mediante a geração de um risco antes ali inexistente. O bem jurídico, antes seguro, agora está, em razão da conduta do agente, sujeito a um dano potencial, possível ou provável<sup>316-317</sup>.

Diferem-se, ainda, os chamados crimes de perigo concreto e de perigo abstrato. Para os fins a que se destina o presente trabalho não se mostra de mais utilidade tal discussão, pois o crime de perigo, enquanto gênero, é utilizado de forma mais numerosa no Direito Penal Econômico, e também não se ignoram as preocupações dogmáticas pertinentes à criminalização do perigo abstrato, especialmente, mas não só, diante das ideias de ofensividade, lesividade e intervenção mínima.

tradicional. Isso de modo algum pode justificar simples tipificação alijada de um lastro sistêmico-dogmático adequado. A mera construção de novos tipos penais, ou, ainda, um simples endurecer penal, além de propiciar um a falsa ilusão de resolução dos problemas sociais, acaba por desvirtuar o sistema por completo. Não é compatível nem com a dogmática moderna, nem com os princípios e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, justificam seus defensores no campo econômico, a assunção de papel de garantidor parece ser mais forte do que as suas oposições.”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op.cit., p. 101).

<sup>316</sup> “Delitti di danno o di lesione. Sono come dice lo stesso nome, quei delitti che hanno per risultato o effetto, immediato e diretto, un danno (effettivo, reale, concreto) o, che è lo stesso, una lesione: quei delitti, cioè, in cui la estinsecuzione di volontà (azione o omissione) che li costituisce produce una modificaçao del mondo esteriore la quale distrugge o diminuisce un bene, sacrifica o stringe un interesse, immediatamente e direttamente tutelato dal diritto penale. [...] Delitti di pericolo o di minaccia. Tutti i delitti che non producono una lesione, alla cui consumazione, cioè, non si richiede un danno effettivo, appartengono a questa categoria. Delitti di pericolo o di minaccia sono quei delitti che hanno per risultato o effetto, diretto e immediato, non già un danno (effettivo, reale, concreto) ma un pericolo (danno potenziale, possibile o probabile); e si intende pericolo effettivo (o reale o concreto) così passato (corso) che presente (imminente), non già pericolo eventuale, possibile o probabile (potenziale, astratto, indeterminato) e futuro. Sono dunque quei delitti in cui la estinsecuzione di volontà (azione o omissione) che li costituisce produce una modificaçao del mundo esteriore che reca in sè la attitudine (idoneità, capacità, potenza) di un danno (sacrificio o diminuzione di un bene e di un interesse).”. (ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino : Fratelli Bocca Editori, 1913, p. 328-331).

<sup>317</sup> “O perigo situa-se, de toda forma, em um campo problemático do cálculo de probabilidades. Parece mesmo ser melhor considerá-lo como objetiva e normativamente existente, sendo que a probabilidade de dano revela verdadeira negligência consciente ou, ainda, dolo eventual, que, político-criminalmente, deve suscitar reprovação penal. [...] De uma forma ou de outra, a sua noção tem sido dada pela contraposição à de crime de dano, sendo que não lhe é exigida tipicamente, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Serão crimes de perigo, aqueles cuja consumação se baste com o risco (efetivo ou presumido) de lesão ao bem jurídico.”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op.cit., p. 114).

De fato, as grandes discussões da utilização de tal técnica parecem estar circunscritas entre uma concepção de intervenção mínima do Direito Penal, vocacionado a legitimar a punibilidade do Estado apenas em casos extremos e de efetiva lesão aos bens jurídicos – esses constitucionalmente identificados – e uma concepção de que esses bens jurídicos tutelados autorizam a intervenção do Direito Penal em antecipação<sup>318</sup>. Como pondera Klaus Tiedemann “la introducción de tales delitos de peligro abstracto implica una considerable extensión de la punibilidad, la cual solamente puede ser tolerada cuando ya la abstracta puesta en peligro por sí misma resulta merecedora de una pena criminal.”<sup>319</sup> Porém, visitado o tema, vale dizer que os crimes de perigo concreto são aqueles em que o perigo integra o próprio tipo penal, devendo ser apurado caso a caso, já nos crimes de perigo abstrato se presume que a conduta expõe o bem jurídico tutelado ao risco, bastando em si para fins de tipicidade.

Dito isso, resta entender por que a utilização dessa modalidade de tipificação é mais frequente no Direito Penal Econômico. A um, como dito, tem-se na sociedade de riscos contemporânea, nessa ótica, um primeiro fundamento para a utilização dos crimes de perigo. Nessa perspectiva, diz Jesús María Silva Sanchez a respeito dos resultados insatisfatórios dos crimes de dano:

La sociedad postindustrial es, además de la ‘sociedad del riesgo’ tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de ‘objetiva’ inseguridad. De entrada, debe significarse que el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos o la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocen de modo seguro y, en todo caso, se manifestarán años después de la realización de la conducta, introducen un importante factor de incertidumbre en la vida social. [...] El problema, por tanto, no radica ya sólo en las decisiones humanas que *generan* los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los *distribuyen*. [...] Todo ello pone de relieve que, en efecto, nos ha tocado vivir en una sociedad de enorme *complejidad*, en la que la interacción individual – por las necesidades de cooperación y de división funcional – ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda *interrelación de las esferas de organización individual* incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas. Dado que, por lo demás, dichos resultados se producen en muchos casos a largo plazo y, de todos modos, en un contexto general de incertidumbre sobre la relación causa-efecto, los delitos de resultado de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro,

---

<sup>318</sup> A esse respeito, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *idem*, p. 159 e ss.

<sup>319</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal...*, p. 33.

así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto).<sup>320</sup>

A dois, como segundo fundamento, é possível identificar uma correspondência entre a natureza supraindividual de bens jurídicos tutelados na criminalidade econômica e essa antecipação penal, com a tipificação da geração do perigo a tais bens<sup>321</sup>. Como referido no item 3.2 precedente, parte dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico são marcados pela supraindividualidade ou transindividualidade, inclusive com relevância constitucional (direito ao meio ambiente, direito à livre concorrência, direito do consumidor, etc.) a justificar, pela ótica do princípio da proporcionalidade a antecipação da tutela penal<sup>322</sup>. Em outras palavras, ao passo que a Constituição Federal confere maior importância ao bem jurídico tutelado, indicando os verdadeiros nortes e normas fundantes da ordem econômica e orientando a própria atuação do Estado (formas, porquês e limites) na intervenção da economia, mais legitimada está a tipificação penal das condutas que resultam na exposição de tais bens jurídicos a perigo, a fim de se evitar – ao menos em pretensão – o dano a tais bens.

Há, ainda, um terceiro fundamento pautado mais na prática que na dogmática em si: a facilitação da coleta probatória. Se a compreensão dos bens jurídicos tutelados apresenta grau alto de complexidade, justamente por estarem umbilicalmente ligados à atividade econômica dinâmica, fluída e contextual por natureza, a formatação probatória concreta dos danos a tais bens é de igual dificuldade o que, diante da premissa de culpabilidade e da regra do ônus da prova, pode resultar na não tutela penal aos bens jurídicos. Nessa perspectiva, a técnica da antecipação penal, sem vulnerabilizar tais pressupostos, intenta relativizar as

---

<sup>320</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión...*, p. 15-17.

<sup>321</sup> “O tratamento especial que o direito penal moderno reserva para os bens jurídico-penais supraindividuais resulta de sua particular vulnerabilidade. Exatamente em razão dessa vulnerabilidade, acrescida às dimensões do dano, socialmente distribuído, de que resultam as lesões aos bens jurídicos-penais adoção de tipos penais de perigo, inclusive em função de uma atuação prospectiva do direito penal, a evitar a clássica exigência de um – incalculável e muitas vezes irremediável dano efetivo.” (CORACINI, Celso Eduardo Faria. op. cit., p. 431).

<sup>322</sup> “Pelo princípio da proporcionalidade, quanto maior a importância – segundo estabelecido na Constituição – do bem passível de ofensa pelo delito, maior a legitimidade da antecipação da tutela penal. Quanto maior essa antecipação, mais a respectiva conduta típica tende a transformar-se de conduta substancialmente executiva em conduta substancialmente preparatória. Isto significa a punibilidade de um fato que, dada a grande distância do resultado lesivo, pode facilmente não desembocar nele ou pode resolver-se antes da sua conclusão. Daí que o grau de antecipação da tutela penal deve ser calculado de acordo com a proporcionalidade entre a importância do bem jurídico e o grau da ofensa. E somente bens constitucionais primários podem ser tutelados com grau máximo de antecipação da tutela (crimes de perigo abstrato).” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. op. cit., p. 166).

dificuldades probatórias, com a punibilidade da exposição do perigo sem que o dano tenha de ser efetivamente provado<sup>323</sup>.

Assim como em relação ao fenômeno legislativo das leis penais em branco, muitos são os exemplos dos crimes de perigo relacionados à atividade econômica. Os crimes de manipulação do mercado de capitais e de uso indevido de informações privilegiadas são bons exemplos, em que se tipificam condutas vocacionadas à prejudicar o regular funcionamento dos mercados (arts. 27-C e 27-D da Lei nº 6.385 de 1976). Inclusive, na própria redação de tais tipos penais há a apreensão do estado de perigo em que se coloca o mercado de capitais e a respeito do qual se trata a antecipação penal. É o que pode ser compreendido das expressões “manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar cotação, preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros” e “Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários.”. Quer dizer, não há a penalização do dano, mas da conduta que propicia um dano em potencial, um estado de perigo do bem jurídico tutelado.

Nos crimes contra o meio ambiente essa dinâmica fica igualmente clara. É o caso do crime de “fabricar, vender transportar ou soltar balões”, previsto no art. 42 da Lei nº 9.605 de 1998 em que se tipifica a conduta justamente porque pode “provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano”. Também é o caso do crime de “Producir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente”. Em ambos são tipificadas condutas que potencializam os riscos de danos aos bens jurídicos tutelados, em antecipação da tutela penal.

Quanto ao compliance, a técnica legislativa de antecipação penal ou previsão de crimes de perigo é questão que pode ser vista sob duas óticas, o que mais uma vez parece reafirmar a relação existente entre os temas e a necessidade de se reconhecer a Teoria Jurídica

---

<sup>323</sup> “Um dos principais obstáculos à efetividade da repressão penal em se tratando de delitos econômicos tem sido o atinente à dificuldade de produção de provas dada a complexidade da matéria e a especial qualidade de seus autores – normalmente dispersados na estrutura empresarial. Neste sentido, reconhece-se a necessidade de simplificar a prova, mas sem o apelo a técnicas contrárias a um Estado de Direito, como a inversão do ônus da prova, a presunção de culpa ou a renúncia aos pressupostos da culpabilidade. A técnica dos tipos de perigo abstrato por si só já facilita enormemente a prova.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. *idem*, p. 167).

de Direito Penal Econômico como autônoma, seja do ponto de vista científico seja como exemplo de operacionalização. Uma primeira atinente à posição em que o compliance se encontra em relação à antecipação penal, enquanto mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico, e uma segunda relativa ao entendimento do próprio compliance quanto à existência dos crimes de perigo.

Na primeira e retomando questões postas nos itens precedentes, lembra-se da evolução da intervenção estatal na atividade econômica em direção progressiva, com a identificação do Direito Econômico, como instrumento técnico do Estado fazer valer suas políticas econômicas, com a utilização das normas penais, em um passo seguinte, para também tentar corrigir as falhas da economia de mercado e do capital, e, ao final, com o compliance como mecanismo também colocado pelo Estado para que o capital se autocontrole.

Com relação à antecipação penal, também parece haver um movimento técnico parecido e que se verifica em paralelo histórico evolutivo. Um movimento que passa primeiro pela tipificação dos crimes de dano aos bens jurídicos econômicos tutelados, pela insuficiência dessa técnica e a utilização da antecipação penal como alternativa de tutela de tais bens em um segundo momento e, ao final, com o uso do compliance com a ideia de instrumento preventivo à prática de toda e qualquer conduta que possa pôr a perigo ou criar um dano em potencial ao bem jurídico tutelado.

Quer dizer, se a punição das condutas danosas não parece ter sido suficiente, se a punição das condutas perigosas igualmente não o foi, surge o compliance como meio de prevenção de ambas. Imaginando-se uma linha de evolução das condutas, em que no marco zero está a ausência completa de qualquer risco ao bem jurídico tutelado e ao seu final o dano ao mesmo bem, pode-se se colocar em visão sequencial: o marco zero (ausência total de risco) e o compliance como prevenção; em marco intermediário as condutas perigosas (tipificadas como crimes de perigo em antecipação penal); e no marco final as condutas danosas (tipificadas como crimes de dano).

Dito isso, a leitura do Direito Penal Econômico sob um dos prismas possíveis de sua teoria jurídica – a antecipação penal – parece revelar algo mais profundo. Parece indicar que o compliance se manifesta como exemplo concreto e afirmação prática de que tal teoria existe e que ela tem se operacionalizado, ainda que essa tarefa não tenha se mostrado satisfatória.

Como prevenção de condutas na seara das atividades econômicas e na posição de marco zero de risco a bens jurídicos penalmente tutelados, o compliance mais uma vez parece confirmar a existência da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico. Isso porque, de tudo visto, o compliance se posiciona, por um lado, como nova opção de proteção máxima a esses mesmos bens jurídicos – prevenção para risco zero, e, por outro lado, se apresenta como tentativa alternativa ao uso ineficaz abusivo da técnica de antecipação penal, próprio e característico do Direito Penal Econômico e de suas razões de ser. Em outras palavras, o compliance confirma tal teoria jurídica porque só é possível falar em aumento alternativo de grau de prevenção se esse já existia (antecipação penal em abundância).

Paralelamente a essa compreensão, há uma segunda que é a do próprio entendimento do compliance em relação à adoção da técnica de antecipação penal. Assim como no caso das leis penais em branco, há a necessidade de que a pessoa jurídica, suas áreas e programa de integridade identifiquem esse cenário normativo e as possibilidades de sanção dele decorrentes a fim de se evitar que sequer posturas que resultem em danos em potenciais sejam realizadas, vez que, elas em si só e sem o dano, já são suficientes para a responsabilização penal. Reconhecer a Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico implica, assim, também reconhecer a existência de relação dela com compliance, ao passo que esse assume, também no prisma da antecipação penal, novo perfil de implementação da ideia de prevenção ao risco, agora em formatação ainda mais radical por parte do Estado, com a transferência da tarefa de conformidade. Mais um exemplo concreto da operacionalização da teoria. A atuação do compliance, portanto, tem de ser marcantemente de precaução (evitar riscos desconhecidos por máxima cautela) – na dúvida, deve se evitar – e de prevenção (evitar os riscos conhecidos), a fim de cumprir sua posição histórica de prevenção para risco zero aos bens jurídicos penalmente tutelados.

#### **4 OS DOIS PRINCIPAIS PONTOS DE MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E QUE REVELAM O COMPLIANCE COMO EXEMPLO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Outras duas questões importantes na identificação da autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico, no perfil visual e de intelecção defendida no item 3.2, na formatação da teoria dos conjuntos e da lógica orbital dos elementos, e que parecem muito explicar sua relação simbiótica com o compliance, são os temas da responsabilização penal da pessoa jurídica e da responsabilidade penal pela omissão. Somam à técnica legislativa como elementos que se apresentam com perfil de certa forma diferente em relação à forma de como se posicionam na lógica dogmática do Direito Penal Geral.

Nessa perspectiva, parece que poderiam figurar no próprio terceiro capítulo. Porém, destaca-os em capítulo próprio porque se acredita que são os temas que veiculam as duas principais preocupações de conformidade das organizações em relação ao Direito Penal Econômico no atual cenário, em uma lógica preventiva do compliance em relação à criminalidade econômica. Razão pela qual, em um último capítulo do trabalho, parecem exemplificar bem os conceitos postos.

##### **4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica**

Nas perspectivas postas e sem a vontade, que seria de todo pretensiosa, de esgotar o tema nesse trabalho, mas na tentativa de apresentar seus principais pontos, esse tópico da pesquisa possui algumas finalidades: compreender por quais razões se justifica o desenvolvimento dogmático da responsabilidade penal da pessoa jurídica – que como se verá se ajustam aos demais ditos anteriormente; entender quais os principais modelos técnicos em que ela se desenvolve, inclusive na perspectiva da teoria do delito; e entender como a questão estáposta no Brasil. Com isso se espera não só mapear o tema, a fim de reunir os seus principais elementos de entendimento, inclusive para o compliance, como também demonstrar a percepção dessa pesquisa de que o tema talvez seja um dos que mais demonstram a necessidade de se pensar em uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma.

Espera-se, com isso, encontrar na responsabilidade penal da pessoa jurídica mais um elemento de operacionalização de toda essa discussão, propondo, ao final, inclusive, uma formatação da responsabilidade penal da pessoa jurídica que traduza a relação simbiótica entre os conceitos pesquisados.

Muito bem, como já mencionado anteriormente nessa pesquisa, a discussão se pauta a partir da sociedade de riscos contemporânea e sobretudo no âmbito da criminalidade econômica<sup>324</sup>. É essa que parece justificar, do ponto de vista de escolha político-criminal, a responsabilização penal da pessoa jurídica. Como sinaliza Alamiro Velludo Salvador Netto:

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, nesse âmbito, deriva da percepção e reflexão das empresas como núcleos fáticos da geração de riscos, operadoras concretas dessa segunda natureza, constatação que enseja sua transformação em núcleos também jurídicos (*espacos de liberdades perigosas*). Com isso, ganham personalidade jurídico-penal e, em consequência, seus padrões de comportamento e gestão podem ser objeto do balizamento por esse ramo do Direito, submetendo-se aos crivos de limites entre riscos permitidos e proibidos.<sup>325</sup>

O que se observa como fenômeno é a constatação de que a personalidade jurídica, enquanto ficção criada normativamente para o desenvolvimento das atividades econômicas, é,

---

<sup>324</sup> “En la actualidad, el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los *delitos económicos*, es decir, a todas las acciones punibles y a las infracciones administrativas que se cometan en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la *criminalidad de empresa*, como suma de todos los delitos que se cometan a partir de una empresa o a través de entidades colectivas. La *criminalidad de la empresa* establece así una frontera, por un lado, respecto de los delitos económicos cometidos al margen de una organización empresarial y, por otro lado, respecto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma o contra miembros de la empresa. Los problemas de imputación y de prueba que surgen dentro de la criminalidad de la empresa tienen su origen, fundamentalmente, en el hecho de que son personas físicas las que actúan para la empresa. Los comportamientos delictivos de colaboradores no plantean grandes problemas: en general – desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal – se pueden someter sin dificultad a las reglas de imputación de los delitos comunes y, a su vez, plantean problemas de política criminal muy diversos a los que plantea la criminalidad de la empresa.” (BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 83). No mesmo raciocínio: “Em matéria de criminalidade econômica a atuação da empresa – como ente coletivo – tem recebido especial atenção por parte da doutrina penal. As reflexões teóricas não se esgotam na sistematização dessa atuação no campo restrito do sujeito ativo de eventuais delitos, mas acabaram reacendendo antigas discussões, e, entre elas, a mais candente é, sem dúvida, a da suposta responsabilidade penal da pessoa jurídica. As duas principais características da atividade empresarial, quais sejam, o modelo de organização hierárquica e o princípio da divisão de trabalho, contribuiriam para a facilitação da prática de alguns delitos bem como dificultariam a identificação dos sujeitos verdadeiramente responsáveis, pois essa responsabilidade é repartida entre diversas pessoas. Nesse sentido, sob o amparo da estrutura de uma pessoa jurídica, os comportamentos típicos tenderiam a permanecer impunes.”. (RIOS, Rodrigo Sánchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos In PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel [coords.]. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 195-196).

<sup>325</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op cit., 2018, p. 55.

ao mesmo tempo, a principal fonte de risco de desvio nessas atividades<sup>326-327</sup>, o que também explica que a ideia de compliance (prevenção para risco zero) seja nela introjetada. Aliás, essa constatação de desvio ou abuso do uso do instituto não é exclusiva do Direito Penal, como pode se observar do desenvolvimento das teorias acerca da desconsideração da personalidade jurídica direta e inversa<sup>328</sup>, para responsabilização patrimonial, respectivamente, dos sócios ou da própria pessoa jurídica.

Quer dizer, o Estado, por meio da Constituição Federal, elege o modelo de desenvolvimento econômico adequado e os bens jurídicos respectivos. Após, lança mão das normas penais na tentativa de fazer respeitar tais bens e, consequentemente, fazer valer o direcionamento do capital como entende mais ajustado à política econômica eleita.

Nesse processo, as pessoas jurídicas não passam ao largo, sendo identificadas como entes jurídica e faticamente atuantes e como fontes de risco aos referidos bens, sendo também

<sup>326</sup> Como sinaliza Lawrence Friedman: “Corporations move like poltergeists through our material world: We register their presence by the tangible evidence of their actions, whether it be the construction of a manufacturing facility, the termination of employees, or the sponsorship of sporting events. And yet corporations are regarded as more than mere ghosts. Like the actions of a corporeal person, the conduct of a corporation has consequences, and so we believe the law should set similar limits on the behavior of each.” (In defense of corporate criminal liability *In Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2000, p. 833).

<sup>327</sup> “A existência da pessoa jurídica – independentemente da teoria conceitual que se adote ao seu respeito – é importante e necessária, seja em uma visão ampla de desenvolvimento econômico ou social, seja em uma concepção mais restrita como própria condição inerente ao desenvolvimento de determinadas atividades. Há, por exemplo, empreendimentos que só são possíveis mediante grandes investimentos o que, para tanto, dependem da reunião de várias pessoas. Há, por outro lado, situações em que as pessoas se reúnem para consecução de determinados fins por mera opção dos envolvidos e pelos mais diferentes motivos, desde a somatória de conhecimentos diversos, mas complementares, como, v.g., a reunião de engenheiros e arquitetos, até a manutenção da unidade familiar, como no caso de irmãos que se reúnem para conduzir uma empresa juntos. Cumpre ao Direito, então, disciplinar tais situações, o que faz, primordialmente, conferindo personalidade à reunião de pessoas, tornando-a apta à titularidade de direitos e obrigações. Faz o mesmo com a somatória de bens – e não de pessoas – se essa for apta a tais finalidades, como as fundações. Para tanto, um dos principais instrumentos para garantir a viabilidade e manutenção das pessoas jurídicas é assegurar-lhes autonomia patrimonial. Assim, a regra é que os patrimônios da pessoa jurídica e das pessoas que a compõe não se confundem. A pessoa jurídica tem, portanto, nesse aspecto, vida própria.” (TAMER, Maurício Antonio. O perfil da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015, *In Revista de Processo*, v. 272, out.2017, p. 165-166).

<sup>328</sup> “A teoria da desconsideração só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica, e, mais, para o fim de que os sócios dessa pessoa jurídica sejam atingidos. [...] A teoria da despersonalização da pessoa jurídica, em verdade, surgiu como uma solução a ser utilizada, quando seja empregado o instituto da personalidade jurídica, visando fins condenáveis pelo direito, ou seja, fins incompatíveis com os fins de sua própria criação, causando prejuízos ao direito de terceiros [...]. Isso porque, sua finalidade como um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade em casos que tais, terá sido desvirtuada. Na verdade, busca-se, por intermédio da teoria da despersonalização, uma solução justa, para os problemas decorrentes do uso abusivo do instituto da pessoa jurídica.” (ALVIM, Arruda. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica, *In Soluções práticas*, vol. 3, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 143-144).

responsabilizadas penalmente e relativizando a ideia de *societas delinquere non potest*<sup>329</sup>. Como coloca José Miguel Zugaldía Espinar, na sociedade de risco contemporânea, inclusive formatada pela globalização e novas tecnologias da informação – tema de fundo dessa pesquisa, as pessoas jurídicas assumem o papel de protagonismo, restando às pessoas naturais um papel secundário, pondo o Direito Penal dessa sociedade de risco em contraposição ao Direito Penal Clássico – contraposição que nessa pesquisa, em certa medida, é feita de forma muito próxima em relação ao Direito Penal Econômico, formatado nessa sociedade de risco, e o Direito Penal Geral:

Y es que el Derecho Penal que ha llegado a nuestros días es el Derecho Penal clásico, de la delincuencia clásica (básicamente violenta), contra bienes jurídicos clásicos (la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de las personas) y que se lleva a cabo por delincuentes clásicos (seres humanos) capaces de realizar acciones humanas con una culabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos. En este Derecho Penal ético moralizante, propio de “*homo humanisticus*” que es sensible a la pena – y que procede en su inmensa mayoría de la marginación y la pobreza – es en el que rige la fórmula “*Societas delinquere non potest*” pues lo contrario, como recuerda Paliero, es algo ajeno a las categorías del espíritu que debe ser existencialmente rechazado como algo irritante y capaz de producir en el Derecho Penal mismo una crisis de identidad. Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un *muy positivo fenómeno de expansión*, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el Derecho Penal de la sociedad del riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derechos de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etc.) Y en este Derecho penal dirigido al “*homo economicus*”, la persona física ocupa un papel muy secundario, adquiriendo el papel de protagonistas las empresas, las sociedades mercantiles, las fundaciones o las asociaciones, en definitiva las personas jurídicas. Ellas son, en efecto, las auténticas protagonistas de la criminalidad económica organizada (nacional y transnacional), de las

---

<sup>329</sup> “La desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables (también en el orden fiscal y civil), en lugar de las personas individuales. Esta ‘colectivización’ de la vida económica y social sitúa al Derecho Penal ante problemas novedosos. En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma.” (TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *In Anuario de Derecho Penal*, 1996, Université de Fribourg, Suisse, p. 101. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf). Acesso em: 20.04.2019).

criminalidad de los ‘poderosos sin fronteras’ (*crimes of powerful y corporate and business crimes*).<sup>330</sup>

A responsabilização penal das pessoas naturais não é mais suficiente, inclusive, mas não só, por conta das dificuldades decorrentes do que Silva Sánchez chama por “irresponsabilidade organizada” por vezes presentes nas organizações que inviabiliza a responsabilização individual pela dificuldade de identificação dos elementos necessários de imputação<sup>331</sup>. Enquanto a imputação da pessoa natural passa pelo pressuposto de uma leitura da culpabilidade, com a avaliação dos elementos da teoria do delito concentrada em uma só pessoa, na estrutura organizacional, com a dispersão das atividades operacionais, a posse da informação e o poder de decisão, por vezes, estão difusos’, ou mesmo existem mecanismos internos propositais ou ainda culturais que permitem o encobrimento das condutas<sup>332</sup>.

Essa parece ser uma das razões pelas quais deve ser defendida a estruturação da área de compliance de forma autônoma e independente, não inserida nos departamentos jurídicos e

---

<sup>330</sup> ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos:* (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Valencia : Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.

<sup>331</sup> “En la discusión de las últimas décadas acerca de si las personas jurídicas deben recibir algún tipo de consecuencia jurídico-penal (o, mejor, de consecuencia jurídica impuesta en el proceso penal), parece haberse dado por sentado que existe la necesidad político-criminal de que así sea, surgiendo, en cambio, las dificultades en el plano de la dogmática de la teoría del delito. [...] Quines afirman la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas, lo hacen, fundamentalmente, sobre la base de tres líneas argumentales. En primer lugar, que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. [...] Uno de los argumentos más reiteradamente esgrimidos en favor de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es el de que la división del trabajo que es característica de éstas produce una significativa difuminación de la responsabilidad individual. En efecto, dado que la responsabilidad penal individual para de la concurrencia de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva sobre una misma persona, tan pronto como estos factores se disocian surgen también barrerar muchas veces insuperables para la atribución de responsabilidad individual. Ello, hasta el punto de que podría hablarse de la configuración de una irresponsabilidad organizada, o bien de una ‘institucionalización de la irresponsabilidad’.” (*Fundamentos del Derecho...*, p. 285-288).

<sup>332</sup> “Un problema central resulta de la dispersión de las actividades operativas, de la posesión de la información y del poder de decisión. Nuestro Derecho penal tradicional presupone estos tres aspectos reunidos en una misma persona. Ahora bien, la posibilidad de que un particular sea autor desaparecen en las modernas formas de agrupación, en razón de la descentralización y diferenciación funcional de las competencias. En la era del ‘lean management’ o del ‘top quality management’, se puede considerar o incluso determinar penalmente a un autor potencial de acuerdo a sus funciones estratégicas y operativas: una gran empresa moderna adquiere, finalmente, capacidad de funcionar mediante la coordinación de diversas tareas más o menos autónomas. En consecuencia, el fraccionamiento en el seno de la organización puede conducir hacia una ‘irresponsabilidad individual de carácter estructural’. A esto se agregan los mecanismos prácticos de encubrimiento al interior de la empresa. Existen muchas posibilidades de encubrir, inducir en error y de generar vacíos de competencia que pueden hacer ineficaz cualquier indagación a causa de la estructura de la empresa (irresponsabilidad individual organizada)”. (HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales, *In Anuario de Derecho Penal*, 1996, Université de Fribourg, Suiza, p. 23. Disponible em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf). Acesso em: 20.04.2019)

financeiros, por exemplo. A autonomia e independência estrutural permite que a área esteja, em maior chance, blindada de influências culturais indesejadas ou mal-intencionadas vocacionadas a blindar autores de ilícitos ou evitar punições em prol de interesses outros que não a manutenção de um programa de integridade verdadeiro. Uma área de compliance encrustada em qualquer setor que não o que lhe deve ser próprio está potencialmente fragilizada em suas funções.

Em outra perspectiva, vale citar as tecnologias da informação, que permitem o desenvolvimento das atividades econômicas à distância, de forma organizada ou nem tanto, em várias unidades no mesmo estado ou país, ou mesmo em países diferentes – muito, nesse caso, em razão da globalização, também dificultam a responsabilização individual até em razão de peculiaridades de ordem prática e cultural e de custo de persecução penal<sup>333</sup>.

Vale dizer que não se trata propriamente de um fenômeno novo, dado que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas já fora observada, também por escolhas político-criminais no passado. Sendo, em um segundo momento, afastado pela consolidação da

<sup>333</sup> A exemplo, vale citar as palavras de Ian Laing no estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Canadá: “Conceding that where applicable, individual criminal liability may be more effective than corporate criminal liability, does not mean that corporate criminal liability should be abandoned. Instead, there are a number of contexts where the second-best result of convicting and punishing the corporation will be the only feasible option. And in some respects, prosecuting the corporation may be more beneficial than prosecuting only individuals. The primary limitation with respect to individual criminal liability in the context of corporate activity is the difficulty of identifying and prosecuting the responsible individuals. [...] Indeed, many of Canada’s large, public corporations operate in countries around the globe. The planning and operation of corporate activities may involve many layers of the corporate hierarchy, located in a variety of countries. For a government authority in one country to investigate the internal machinations of such a corporation to determine the precise individual responsible for a given action might not be possible. And in those cases where such an individual could be identified, the government authority might lack the investigative resources and expertise to see the investigation and prosecution through to a successful end, particularly where the corporation is uncooperative regarding requests for access to individual employees and documents. Such investigations would, in many cases, be enormously expensive and time-consuming exercises. It is highly unlikely that investigators and prosecutors in Canada would have the resources to conduct full investigations in each instance where it might be warranted. Because of the time and cost associated with investigations of the internal workings of a large corporation, individual criminal liability simply will not be feasible in many instances. However, that is not to say that the individuals responsible for corporate criminal activity should go unpunished. Instead, the most cost-effective manner of doing so might be to prosecute the corporation and thereby mobilize those within the corporation to investigate the matter and discipline the responsible individuals. The efficiency of this tactic was recognized by the Law Reform Commission of Canada several decades ago: ‘in a society moving increasingly toward group action it may become impractical, in terms of allocation of resources, to deal with systems through their components. in many cases it would appear more sensible to transfer to the corporation the responsibility of policing itself, forcing it to take steps to ensure that harm does not materialize through the conduct of people within organization. Rather than having the state monitor the activities of each person within the corporation, which is costly and raises practical enforcement difficulties, it may be more efficient to force the corporation to do this, especially if sanctions imposed on the corporation can be translated into effective action at the individual level.’” (LAING, Ian. *The criminal liability and punishment of corporations in Canada*, 2005, 198 f., Dissertação de Mestrado, Dalhousie University Halifax, Nova Scotia, 2005, p. 80-82. Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/305376105/fulltextPDF/93F9AD0FF6974B93PQ/1?accountid=12217>. Acesso em: 20.04.2019).

responsabilização penal individual e prevalência do liberalismo econômico. Após, em movimento pendular, justamente com a retomada da intervenção do Estado na economia, a responsabilidade penal da pessoa jurídica volta à pauta<sup>334</sup>. Diz Julianna Barbosa:

Em linhas gerais, pode-se dizer que, até o século XVIII, houve uma ampla aceitação da responsabilidade penal dos entes coletivos, ainda que sem uma definição precisa sobre a natureza dessa coletividade, e com a existência de alguns posicionamentos em sentido contrário. Entretanto, é perceptível que a admissão dessa modalidade de responsabilização consagrou-se, sobretudo, por necessidades práticas, a exemplo da tentativa de se refrear o poderio das corporações religiosas no bojo do Direito Canônico. A história nos mostra, então, que as necessidades práticas fazem sucumbir os argumentos dogmáticos em sentido contrário. E, por isso mesmo, uma mudança de necessidades se reflete numa mudança de sentido jurídico sobre aquilo que é aceitável ou não. É assim que perceberemos uma alteração de rumo após a Revolução Francesa e com a consequente consagração do individualismo. O surgimento de uma nova ideologia, fundada no liberalismo, deixou em segundo plano as corporações, dando ênfase ao individualismo. Muito mais, no entanto, que uma mudança de ideologia que vem a negar a prática corporativa, certo é que esses agrupamentos perderam seu poderio com a coletividade, de forma que não se via mais a necessidade de seu controle pela utilização do instrumental penal. A partir do século XIX, constata-se a supressão da responsabilidade das pessoas jurídicas dos Códigos, reflexo mesmo da Revolução Francesa, que instituiu a fórmula de responsabilização penal individual, consagrando-se o princípio ‘societas delinquere non potest’. [...] É perceptível, contudo, uma grande transformação na realidade social (e, em consequência, na percepção da criminalidade), suscitando, no último terço do século XIX e no primeiro do século XX, o questionamento da vigência desse brocado latino entendido como princípio até então orientador do direito penal. [...] A responsabilidade penal das pessoas

<sup>334</sup> “En contra de lo que se pueda creer, el reinado del *societas delinquere non potest* ha sido relativamente breve. Si se descarta la época romana y la anterior a ella, en la cual se desconocían los conceptos ‘corporación’ y ‘persona jurídica’, durante el medioevo y hasta épocas muy recientes (finales del siglo xix, en alguno casos incluso hasta principios del siglo xx) regía precisamente lo contrario: los ‘entes colectivos’ o ‘corporaciones’ podían ser hechos penalmente responsables por una serie de delitos. en aquella época se vio la ‘necesidad política’ de penar a los colectivos entonces (básicamente, los ‘municipios o comunas’, ciudades, congregaciones religiosas, más tarde también las universidades) por ‘delitos rurales’ (destrucción, invasión, de tierras), o no uso de monedas o uso de medidas no aprobadas, o cualquier otra conducta considerada como grave atentado contra intereses del poder jerárquico correspondiente (el rey, el emperador, al Iglesia). Las ‘penas’ contra estos colectivos era de distinto tipo. Además de las penas pecuniarias, también era posible la tomada de rehenes, ejecución de personas, saqueo de ciudades, supresión de privilegios, etcétera. Históricamente, se suele considerar al papa *Inocencio IV* como el primer teórico de la doctrina *societas delinquere non potest* cuando en el Concilio de Lyon de 1245, en contra de la mayoría de los canonistar, defendió (infructuosamente) la tesis de que la *universitas* (la corporación e entonces, o sea el ente colectivo), a diferencia de los *singuli*, no tendría capacidad para cometer delitos y, por lo tanto (lo que motivaba la discusión en el Concilio) no sería posible la excomunión de ellas. Pero se impuso la tesis contraria que sostenía, con distintas argumentaciones o modelos, la responsabilidad penal de las ‘corporaciones’. El trasfondo (la necesidad política) de este ‘triunfo doctrinario’ fue el marco de la lucha de poderes e intereses entre los príncipes, la Iglesia y las ‘corporaciones’ (ciudades, órdenes religiosas, gremios). Por eso, durante toda la Edad Media la ‘responsabilidad penal de las corporaciones’ constituyó la regla general.”. (VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales *In Revista Penal México*, n. 3, jan-jun.2012, p. 10-11). Ainda sobre a perspectiva histórica do fenômeno, ver o Capítulo 1 do livro de Sérgio Salomão Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. atual. e ampl., São Paulo : Método, 2003, p. 25-44).

jurídicas no mundo anglo-saxão fora ‘reintroduzida’ desde meados do século XIX, inicialmente para os delitos omissivos e imprudentes, evoluindo para abarcar as ‘public welfare offenses’, até alcançar uma previsão geral de tal responsabilidade, sobretudo vinculada à delinquência dos negócios. Nos sistemas de ‘civil law’ (e que, portanto, nos interessa mais proximamente) o nascimento do Direito econômico moderno abrirá espaço para se excepcionar o dogma ‘societas delinquere non potest’. Assim, na Europa continental a partir dos anos 20, percebe-se tal direcionamento em relação a matérias tributárias, aduaneiras e de livre concorrência, tendência seguida pelo Japão nos anos 30. Não se pode olvidar, contudo, que a retomada da questão da responsabilidade penal dos entes coletivos à época também se deveu ao surgimento de um ‘direito de ocupação’ após a Segunda Guerra Mundial, na Europa, que implicou a influência da cultura jurídica de outros países em território alheio. Nesse sentido, constatou-se a influência da tradição jurídica anglo-saxã no restante do território europeu, em especial na Alemanha, em que os tribunais chegaram, na década de cinquenta, a impor sanções penais às pessoas jurídicas, utilizando-se, para tanto, de princípios derivados do direito anglo-saxônico. É bem verdade que tal influência não chegou a determinar a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pelo menos no território alemão, na medida em que se reafirmou a impossibilidade de albergar dessa modalidade de responsabilização, fundando-se, sobretudo, no argumento da incapacidade de ação do ente coletivo. Todavia, não se pode olvidar que o discurso político criminal que percebeu a retomada do poderio das empresas e o protagonismo delas em novas formas de criminalidade constituiu uma nova racionalidade que vem influenciando as normas de Direito Internacional e as legislações dos mais diversos países. Tanto é assim que reformas paulatinas foram se operando na Europa no sentido da responsabilização penal dos entes coletivos, podendo-se citar Holanda (1976), Grã-Bretanha, Irlanda e Noruega (1991), Islândia (1993), França (1994), Finlândia (1995), Eslovênia (1996), Dinamarca (1996), Estônia (1998), Bélgica (1999), Suíça e Polônia (2003), Portugal (2007) e Espanha (2010) cada qual, a bem da verdade, com especificidades no tratamento adotado.<sup>335</sup>

Fato é que, contemporaneamente, nesse cenário de maior intervenção do Estado na economia, com a eleição de bens jurídicos supraindividuais<sup>336</sup>, utilizando-se da norma penal para corrigir os desvios de direcionamento constitucionalmente pretendido da economia, tem se observado a escolha político-criminal pela responsabilização penal da pessoa jurídica.

---

<sup>335</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 19-22.

<sup>336</sup> “Los problemas surgen cuando las legislaciones penales introducen nuevos tipos delictivos para proteger los nuevos bien jurídicos económicos o socio-económicos. Estos nuevos bienes jurídicos se caracterizan, entre otras cosas, porque para poder cumplir satisfactoriamente las funciones sociales que les son propias es preciso desarrollar en torno a los mismos una compleja actividad de gestión, ya que la lesión de tales bienes jurídicos consiste a menudo en la no realización de prestaciones sociales o económicas positivas, porque sólo éstas dotan de pleno contenido y funcionalidad al bien jurídico.” (MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel [coords.]. *Responsabilidad penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102).

A questão que fica é: como? Muitos são os modelos pensados para dar essa resposta, mas quase todos eles esbarram na dificuldade dogmática de se transpassar de forma racional o regime de imputação da responsabilidade penal da pessoa natural na teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) aos entes coletivos<sup>337</sup>. Mais uma dificuldade que parece indicar a necessidade de se pensar na existência de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma.

São modelos que, como não poderiam deixar de ser, estão baseados na norma jurídica, compreendida essa tanto no que se extrai do texto de lei quanto no entendimento jurisprudencial a seu respeito. Na sequência, procurar-se-á indicar cada um deles e os principais problemas práticos e dogmáticos verificados. Muitos nomes podem lhes ser dados, aliás, vale dizer mais uma vez, que não existem classificações corretas ou incorretas, propriamente, mas classificações úteis e inúteis. Se a classificação auxilia na compreensão do objeto classificado ela serve mais do ponto de vista metodológico, se não, serve menos. Assim, sem ignorar a menção a sinônimas, considerando a importante relação com os elementos de imputação penal da pessoa natural, seguirá na sequência a classificação nesse sentido, vinculando ou não a responsabilidade penal da pessoa jurídica à responsabilização penal da pessoa natural.

Em uma das classificações possíveis, pode se falar em três grandes grupos de modelos de responsabilização. Os modelos de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, os modelos de autorresponsabilidade e os modelos mistos, que, de alguma forma e como o próprio nome sinaliza, concatenam elementos dos dois anteriores.

No primeiro deles, os modelos de heterorresponsabilidade, ou vicarial, por empréstimo, de transferência, por ricochete, por atribuição, indireta ou por dupla imputação, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se dá pela transferência ao ente coletivo da responsabilidade penal de seus agentes. Com efeito, para que essa imputação da pessoa natural resulte também na imputação da pessoa jurídica é preciso que o agente do crime não

---

<sup>337</sup> Essas dificuldades de transpasse o regime de imputação são, na essência, as bases da ideia de *societas delinquere non potest*: “Las razones tradicionalmente argumentadas son las que ya se han visto en el repaso histórico precedente y que pueden resumirse de la siguiente manera: a) Inexistencia como ‘persona’ del ente colectivo. Por ello no podría ser sujeto de imputación penal. b) Falta de ‘capacidad de acción’. [...] c) Incapacidad de cupabilidad. [...] d) Imposibilidad de ser sujeto de una ‘ pena ’. [...] e) Incapacidad procesal.” (VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto, op. cit., p. 13-14). Como sinaliza Julianna Barbosa “a dogmática penal tem se mostrado refratária às modificações no plano da sujeição ativa que a admissão dessa forma de responsabilização coloca, justificando tal posicionamento na própria essência da pessoa jurídica, que a tornaria incompatível com os juízos reflexivos que a imposição de uma sanção penal demanda, todos eles voltados para a psique do agente.” (op. cit., p. 11).

só lhe seja integrante como ocupe a função de diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar em nome da pessoa jurídica, é preciso que a conduta perpetrada se dê dentro dos limites de suas atribuições e por conta da pessoa jurídica, e, ainda, a intenção da conduta tenha por objetivo auferir alguma vantagem ou benefício à pessoa jurídica<sup>338</sup>. A culpabilidade é verificada em relação às pessoas naturais. Caracterizada, junto aos demais elementos do crime (tipicidade e antijuridicidade), e preenchidos os pressupostos referidos, responsabiliza-se a pessoa jurídica. Para tanto, pouco interessa a existência ou não de organização e mecanismos internos vocacionados a evitar a prática de ilícitos<sup>339</sup>.

Por certo, por estar pautada na conduta dos seus integrantes, a imputação penal à pessoa jurídica nos modelos vicariantes apresenta vários problemas que acabam por tocar ao

<sup>338</sup> “Em primeiro lugar, a infração individual há de ser praticada no interesse da pessoa coletiva. Basta, aqui, tenha tido a infração o objetivo de ser útil à finalidade de ser coletivo. Quando um gerente de supermercado aumenta abusivamente os preços de um determinado produto, não o faz para obter vantagens pessoais, mas para que a empresa lucre. Ficam, pois, excluídas todas as infrações praticadas no interesse exclusivo do próprio agente, pois são de sua única e exclusiva responsabilidade. A infração individual não pode situar-se fora da esfera da atividade da empresa. Isso significa dizer que estarão excluídas aquelas infrações que se situem além do domínio normal da atividade da pessoa coletiva [...]. Além disso, a infração cometida pela pessoa física deve ser praticada por alguém que se encontre estreitamente ligado à pessoa coletiva [...]. O último requisito a ser observado objetiva delimitar a abrangência da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A prática da infração deve ter o auxílio do poderio da pessoa jurídica.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 115-116).

<sup>339</sup> “El modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por ese hecho delictivo se *transfiere* a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son, también, de esta última. Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan debere de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de la misma.” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Fundamentos del Derecho...*, p. 297); “Os modelos de heterorresponsabilidad, também denominados responsabilidade por empréstimo, vicariantes ou de transferência de responsabilidade, costumam apresentar três requisitos essenciais. Tomando como exemplo o paradigma francês unanimemente inserido nessa vertente, as exigências legais destinam-se a responsabilizar a empresa por ricochete, de modo que é na pessoa física atuante que devem ser apreciados os elementos subjetivos da ação, isto é, o dolo e a culpa. O primeiro dos requisitos diz respeito ao autor da infração penal, o qual deve ser um diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar, nas mais variadas circunstâncias, em nome da pessoa jurídica (*exigência subjetiva*). Como regra geral, pode-se dizer que a conduta do empregado ou subalterno não terá, ao menos em tese, a capacidade de gerar a responsabilização do ente coletivo. Outro requisito elementar impõe que a conduta criminosa praticada pelo dirigente tenha sido perpetrada no exercício e nos limites de suas funções ou por conta da empresa, isto é, no marco de suas atribuições, no desempenho de atividades conectadas com a realidade empresarial. Por fim, a terceira e última exigência diz respeito à necessária intenção da pessoa física em obter algum tipo de vantagem ou benefício para a pessoa jurídica. Com isso, não estão compreendidos os casos de representantes que atuem exclusivamente em proveito próprio ou de terceiros – hipóteses em que a empresa, na realidade, poderá ser entendida como vítima do eventual delito perpetrado, nesse caso, em seu desfavor.” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. op. cit., p. 111-112); “Pode-se afirmar que o sistema de *heterorresponsabilidade* – ou vicarial, de transferência, por ricochete, por empréstimo – é aquele ‘se imputa transferindo à empresa todo ato cometido por um agente seu, no exercício de sua atividade, com a intenção de favorecê-la’. Proporciona poucas possibilidades de defesa ao ente coletivo, na medida em que os controles internos e as medidas preventivas, com vistas a coibir a ocorrência de delitos, não interessam ao regime de imputação.” (SARCEDO, Leandro. op. cit., p. 107).

compliance e especialmente representam a dificuldade de operacionalização e de transpasse dogmático da teoria do delito em relação à responsabilização da pessoa natural.

O primeiro deles já foi epigrafado e diz respeito justamente à dificuldade de identificação das pessoas naturais responsáveis criminalmente, seja pela possível “irresponsabilidade organizada”, seja por uma estrutura altamente complexa e especializada, com difusão das informações relevantes e dos poderes decisórios, ou mesmo pela descentralização dos focos de ação em razão das tecnologias da informação. Lembra-se, inclusive, que essa identificação não se dá de forma qualquer, mas constitucionalmente qualificada pela culpabilidade, sob pena de responsabilização objetiva. Esse problema, aliás, que é próprio da responsabilidade por transferência, pois, se se trata de responsabilização da pessoa jurídica em si considerada, sem a necessidade dupla imputação junto com a pessoa natural, não se fala, *a priori*, em problema de identificação<sup>340</sup>. Conforme assinala Alaimo Salvador Netto, todas essas circunstâncias e a simples transferência da responsabilidade da pessoa natural à pessoa jurídica, resulta na responsabilização penal objetiva dessa<sup>341</sup>.

Um segundo problema é a identificação concreta se a conduta perpetrada pela pessoa natural foi ou não realizada em interesse da pessoa jurídica ou para que essa recebesse alguma vantagem. Tal construção se apresenta como tentativa de delimitar o caráter subjetivo do delito imputado à pessoa jurídica. Na prática, porém, dada a distância entre a aferição da subjetividade da pessoa natural responsável e a dificuldade de se identificar correspondência plena entre essa e o interesse da pessoa jurídica, resulta, por vezes, na indevida responsabilização objetiva dessa<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> “La doctrina reseñada muestra adicionalmente problemas en, al menos, tres casos: cuando quien realiza el hecho es una persona de rango inferior en la estructura jerárquica de la empresa, de la que resulta difícil afirmar quié represente a voluntad de la sociedad; cuando no se identifica persona física alguna como autora del hecho que atribuir a la persona jurídica, y cuando la persona física cuya responsabilidad habría de ser transferida a la persona jurídica obra de modo inculpable. [...] En cuanto al segundo problema, que se corresponde con las situaciones de irresponsabilidad organizada, debe señalarse que el mismo sólo es compatible con un modelo de responsabilidad transferida.” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Fundamentos del Derecho...*, p. 297).

<sup>341</sup> “Os modelos de heterorresponsabilidade ou vicariantes apresentam como problema fundamental a tendência à consagração de padrões de responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas. No mais das vezes, e principalmente em suas formas mais incipientes, simplesmente se transferiam à pessoa jurídica o injusto e a culpabilidade próprios da pessoa jurídica.” (op. cit., p. 120-121).

<sup>342</sup> “A objeção maior que se faz ao modelo vicariante reside exatamente nessa tentativa de desenhar o conceito de *atuação em proveito da pessoa jurídica* como equivalente funcional à dimensão subjetiva do delito imputável às pessoas físicas. [...] bastante criticável é esta forma de fundamentar a transferência dos elementos subjetivos da conduta criminosa da pessoa física para a pessoa jurídica, haja vista que o déficit de subjetividade inerente à empresa não pode ser compensado simplesmente pela finalidade última da ação do indivíduo (*atuar em proveito da pessoa jurídica*). Chegar-se-ia, assim, em verdadeira fórmula de imputação exclusivamente objetiva.” (Idem, p. 112).

Um terceiro problema diz respeito aos fatos praticados exclusivamente por colaboradores ou integrantes de menor escalão, subalternos na estrutura hierárquica ou sem poder de decisão ou de representação da pessoa jurídica. Nesse caso, há uma barreira dogmática na transferência da responsabilidade da pessoa natural para a jurídica, justamente pela falta de aptidão na representação<sup>343</sup>. Por vezes se tenta relativizar essa dificuldade com a imputação por omissão penalmente relevante de quem estava no poder de direção e que não teria evitado o comportamento do seu comandado, mesmo devendo e podendo fazê-lo (art. 13, §2º, CP). Porém, isso em vez de diminuir o problema, o aumenta. Se há um grau de transferência de responsabilidade no ato praticado por quem tem poder de representação (representante para a pessoa jurídica), no ato praticado exclusivamente pelo inferior hierárquico, com a inclusão da responsabilidade por omissão do dirigente, há dois graus de transferência, potencializando os problemas de efetiva compreensão da responsabilidade da pessoa jurídica (colaborador subalterno para o representante por omissão, e desse, por sua vez, para a pessoa jurídica)<sup>344</sup>.

Há um quarto problema que consiste na criação de uma certa esquizofrenia prática em que pode ter a responsabilização da pessoa jurídica por atos praticados pelos seus colaboradores que, a pretexto de estarem atuando em nome de seus interesses, verdadeiramente a estão prejudicando<sup>345</sup>. É possível que tal situação seja identificada concretamente, afastando a responsabilidade por transferência, mas também é possível que passe desapercebido, resultando na situação de confusão, na mesma pessoa jurídica, dos papéis de sujeitos ativo e passivo do delito.

---

<sup>343</sup> “Os modelos de heteroresponsabilidad, como visto em páginas pretéritas, possuem muitas dificuldades de justificar a incriminação em face de condutas cometidas por individuos localizados em esferas de poder inferiores da empresa. Ademais, eles fazem depender sempre a responsabilidade empresarial na identificação da pessoa física atuante e, por fim, não conseguem fundamentar a transferência de responsabilidade à pessoa jurídica de situações m que a pessoa física atua de modo não culpável.” (Idem, p. 119).

<sup>344</sup> Para responsabilizar a pessoa jurídica e satisfazer aos pressupostos de caracterização da heteroresponsabilidad, há o risco de um alargamento da responsabilidade penal da pessoa natural. Nesse sentido: “Sucede también que la empresa se cubra de tal manera que resulta imposible identificar a los autores en los niveles jerárquicos superiores. Pero si la persona, órgano de la empresa a la cual debe imputarse la conducta de la organización, no puede ser identificada, entonces no se ve cómo puede probarse la conducta reprochable. [...] De lo señalado deben retenerse tres aspectos: primero, esta concepción de la responsabilidad lleva cada vez más al legislador y a los tribunales a ampliar la responsabilidad de las personas naturales. La idea central responde a la siguientes consigna: ‘cuanto más extensa sea la responsabilidad individual, tanto mayor será la responsabilidad de la agrupación.’” (HEINE, Günter. op. cit., p. 30); “Outro ponto crítico de tal teoria é que, em busca de uma ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, amplia-se a responsabilidade penal individual, o que acaba conduzindo a uma equiparação dessas duas formas de responsabilidade.” (BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 96).

<sup>345</sup> Ibidem, p. 95.

Nessa perspectiva, há ainda uma outra aparente esquizofrenia racional – quinto problema, mas de ordem normativa e que implica a fragilização da coerência do sistema de responsabilização. Se o movimento contemporâneo é de transferência dos atos de prevenção e fiscalização para as pessoas jurídicas, no fenômeno da autorregulação regulada, esse mesmo sistema será o responsável por viabilizar, no mais das vezes, a identificação do colaborador responsável pela conduta criminosa – o que, como visto, é um dos pressupostos de responsabilização por ricochete. Quer dizer, quanto mais organizada a pessoa jurídica, maior a sua chance de ser penalmente responsabilizada<sup>346</sup>. Em assim sendo, a responsabilização por transferência trabalha normativamente contra o ordenamento que direciona para a autorregulação regulada. Parece bastante incoerente.

A seis, são modelos que beneficiam as grandes empresas e prejudicam as pequenas. Ao passo que nas empresas de maior porte a organização é ou deve ser maior, o que remete ao problema do parágrafo anterior, nas de menor porte a organização empresarial é mais simples, situação, inclusive, que é levado ao extremo nas sociedades empresariais unipessoais. Em razão disso, é mais fácil a identificação dos responsáveis com poderes de informação, direção e representação. Em outros termos, os modelos de transferência, por suas próprias dinâmicas, potencializam as chances das pequenas empresas serem responsabilizadas criminalmente, em comparação às maiores<sup>347</sup>.

Nessa situação, parece ser possível se questionar até a constitucionalidade desse modelo, ao passo que a Constituição Federal prevê como princípio geral da ordem econômica nacional, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País<sup>348</sup>. Parece existir mais uma incoerência, pois, se a responsabilidade penal da pessoa jurídica surge no seio do Direito Penal Econômico (criminalidade econômica) e esse é vocacionado a tutelar os bens jurídicos

<sup>346</sup> Assim, a pessoa jurídica, no fim das contas, não é contemplada por se organizar: “El sistema vicarial tiene además el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva: la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos. Esta circunstancia, por supuesto, no incita a colaborar con la administración de justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa. Es lo que algunos han denominado como *efecto perverso* de la responsabilidad vicarial.” (ESPINAR, José Miguel Zugaldía, op. cit., p. 59).

<sup>347</sup> “El principal defecto del modelo vicarial es que beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas. En estructurar empresariales simples es más fácil encontrar al responsable individual, y que éste se encuentre además en la cúspide de la organización.” (Idem, p. 58).

<sup>348</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 13.02.2019

identificados constitucionalmente, ela acaba por trabalhar contra a um dos princípios de orientação jurídica da atividade econômica do País. Não se pretende nessa pesquisa e nesse ponto fazer juízo de valor se é melhor ou não, mas isso parece reforçar a necessidade de se aprimorar a aplicação da lei penal na criminalidade econômica, o que passa pelo reconhecimento da autonomia da Teoria Jurídica respectiva.

No mais, há ainda um sétimo problema mais de ordem prática na eleição dos modelos por transferência. Como assinala José Zugaldía Espinar, tais modelos podem afastar-se do seu objetivo precípuo de responsabilização da pessoa jurídica em si:

Este modelo resulta disfuncional a la hora de alcanzar el objetivo principal que se persigue con la responsabilidad colectiva: si la responsabilidad de la empresa y la del superior se aúnan, lo lógico es que éste vuelva a cerrar los ojos, y así evitara no solo su propia responsabilidad, sino también la de la empresa. Bien pensado, lo que ocurrirá es que el superior buscará un subordinado, un chivo expiatório, que cargue con la culpa libere a él y a la empresa de responsabilidad.<sup>349</sup>

Em paralelo, tem-se os modelos de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas ou responsabilidade por fato próprio, em que se busca adequar os elementos da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, em especial a essa última) à pessoa jurídica em si considerada e não mais, como nos outros modelos vicariantes, pela transferência da imputação penal das pessoas naturais. A responsabilidade penal da pessoa jurídica está sustentada no defeito de organização, ou seja, sua imputação penal decorre não da responsabilidade penal da pessoa natural, mas da apuração concreta da ausência de organização ou organização interna defeituosa, sendo, para tanto, “importante aferir se a empresa implementou, de fato, medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de suas atividades.”<sup>350</sup>.

Assim como ocorre com os modelos de heterorresponsabilidade, não são modelos hermeticamente blindados de questionamentos dogmáticos. Alamiro Salvador Netto, por exemplo, que classifica tais modelos em (i) por atos de conexão<sup>351</sup>, (ii) por defeito de

<sup>349</sup> ESPINAR, José Miguel Zugaldía. op. cit., p. 59.

<sup>350</sup> SARCEDO, Leandro. op. cit., p. 108.

<sup>351</sup> Como existem classificações diferentes, esse modelo, propriamente, seria um modelo *misto*, por exemplo, na ótica de Leandro Sarcedo (op. cit., p. 109) e na classificação adotada nessa pesquisa. A referência a esse modelo parece se justificar, nesse ponto, especialmente para exemplificar as questões dogmáticas também em relação aos modelos de autorresponsabilidade.

organização como injusto culpável, e (iii) por defeito de organização como injusto<sup>352</sup>, relaciona alguns problemas dogmáticos desse sistema também a partir da teoria do delito.

No modelo do ato de conexão, sendo esse entendido pela atribuição à pessoa jurídica do próprio injusto penal em razão de algo a mais aferível pelas circunstâncias do fato delituoso, no fim das contas e na prática retorna-se sempre à dinâmica de heterorresponsabilidade pois o injusto penal, embora atribuído à pessoa jurídica de forma originária, foi praticado pela pessoa natural<sup>353</sup>.

O modelo por defeito de organização como injusto culpável, ao seu turno, se apresenta um modelo de transição dogmática, por assim dizer, entre o modelo por ato de conexão, em que o defeito de organização é o algo a mais a justificar a responsabilização penal da empresa, e o modelo do defeito de organização como integrante do injusto. No caso do defeito de organização como injusto culpável, ainda que tal defeito exista, há como condição objetiva de punibilidade a necessidade da prática delituosa por alguma pessoa natural<sup>354</sup>. Observa-se, assim, que parte dos problemas relacionados à heterorresponsabilidade no que tange à imputação penal da pessoa natural nesse modelo também podem ser colocados.

Por fim, nessa classificação, tem-se o modelo que identifica o defeito de organização da pessoa jurídica, em si considerado, como injusto, como “contraponto mais extremado em relação às teses de heterorresponsabilidade. Cuida-se, assim, da teoria mais radical de autorresponsabilidade.”<sup>355</sup>, pois não se considera a imputação penal da pessoa natural para a responsabilização penal da pessoa jurídica. Para que essa esteja configurada, basta a caracterização do defeito de organização. Obviamente, assim, como os outros modelos, esse também sofre críticas atreladas (i) à própria possibilidade ou não do ente moral praticar atos delituosos, sem consideração da prática pela pessoa natural, (ii) à necessidade de definição

<sup>352</sup> Op. cit., p. 126-148.

<sup>353</sup> “O modelo aqui denominado de *ato de conexão* é aquele que primeiramente ultrapassa a porosa fronteira que separa, de um lado, as construções de responsabilidade penal da pessoa jurídica por empréstimo ou vicariantes (*heterorresponsabilidade*) e, de outro, os sistemas de *autorresponsabilidade* [...]. Em outras palavras, atravessa-se aqui a barreira de simplesmente imputar à empresa, por ricochete, um delito realizado em seu seio. Há de se buscar, nesse aspecto, um ‘algo a mais’. [...] Pata tanto, é preciso visualizar um enfoque normativo diferenciado sobre a ação humana tida como pressuposta para a responsabilização da pessoa jurídica. Tal ação deve ser vista sob o contexto social, de forma a significar uma ocorrência derivada da própria atividade empresarial, de sua conformação interna, de sua estrutura organizacional, posto que somente assim terá alguma legitimidade a utilização do sistema criminal e, em consequência disso, a imposição de uma pena ao ente coletivo. [...] Duas objeções são, contudo, aqui colocadas. A primeira diz respeito ao fato de permanecer a dependência do ato de conexão para a responsabilização penal da pessoa jurídica. Isto é, retorna-se sempre, no limite, ao problema da responsabilidade por empréstimo ou por ato de outrem.”. (op. cit., p. 126-127, 130).

<sup>354</sup> SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. op. cit., p. 134-135.

<sup>355</sup> Idem, p. 139.

criteriosa do que seria uma organização defeituosa, (iii) à própria tipicidade penal, vez que nessa perspectiva a pessoa jurídica responderia apenas e sempre por um único tipo penal que penalizará o defeito de organização em si; etc.<sup>356</sup>.

Além desses modelos de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade, há, na classificação proposta por Leandro Sarcedo, os chamados modelos mistos que apresentam elementos e características dos outros dois sistemas<sup>357</sup>. Fazendo uma intersecção entre essa classificação de Leandro Sarcedo e a proposta por Alamiro Salvador Netto, os modelos por ato de conexão e por defeito de organização por injusto culpável (modelos de autorresponsabilidade na ótica de Alamiro) parecem que podem ser entendidos como modelos mistos.

No Brasil, a responsabilização penal da pessoa jurídica do ponto de vista dogmático está circunscrita no art. 225, §3º, da Constituição Federal<sup>358</sup> e na Lei nº 9.605 de 1998 que, em conjunto, consagram a responsabilidade penal das empresas nos crimes ambientais<sup>359</sup>. Além

<sup>356</sup> Idem, p. 138-148.

<sup>357</sup> “Os modelos mistos de imputação apresentam elementos e características dos dois sistemas anteriormente estudados (hetero e autorresponsabilidade). Em regra, partem do modo vicarial, transferindo à empresa a responsabilidade por um fato praticado por um representante seu e em seu benefício, mas têm em conta a culpabilidade corporativa, para aferir se as medidas preventivas adotadas eram as exigíveis para o caso concreto, o que pode conduzir à modulação da pena a ser aplicada ou mesmo à absolvição do ente coletivo. No entanto, admitem, também, a responsabilização da pessoa jurídica quando há a constatação do resultado criminoso (material ou formal), mas não é possível imputá-lo a uma pessoa física indeterminada. Nessa hipótese, é necessário demonstrar, no caso concreto, o defeito de organização corporativo que levou ao descumprimento das obrigações previstas na norma de dever e que por sua vez, conduziu ao resultado delituoso” (SARCEDO, Leandro, op. cit., p. 109).

<sup>358</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 04.05.2019.

<sup>359</sup> Contraponto de referência necessária a essa afirmação, se extrai do entendimento pela impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. A exemplo, Miguel Reale Júnior: “A lei estabelece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que é, a meu ver, absolutamente inconstitucional. É verdade que o art. 225 da Constituição, §3º, diz: ‘As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’. No art. 173 da Constituição, capítulo da ordem econômica, deixa-se bem claro: ‘5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular’. Deve-se destacar a supressão, durante o processo constituinte, já na votação em primeiro turno, do termo ‘criminal’ constante no texto aprovado na Comissão de Sistematização, na fórmula ‘responsabilidade criminal desta’, correspondendo, então, ao art. 228, §4º. Tal, demonstra a intenção clara do legislador de excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo a interpretação histórica relevante em matéria constitucional. Pondere-se, ademais, que o art. 225, §3º, acima transscrito, deve ser interpretado no sentido de que as pessoas físicas ou jurídicas sujeitam-se *respectivamente* a sanções penais e administrativas. Mais relevante, contudo, é a interpretação sistemática do texto constitucional, que conduz de forma precisa à inadmissibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica. Falta à pessoa jurídica capacidade criminal. Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do

disso, há a abertura do art. 173, §5º, também da Constituição Federal<sup>360</sup> e as leis infraconstitucionais que dialogam dogmaticamente com essa disposição, em especial as Leis nº 8.137 de 1990 e nº 12.529 de 2011.

Quantos aos modelos de responsabilização adotados, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem guiado tal definição no País, destacando-se dois momentos.

Primeiramente, em 2005, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 610.114 de relatoria do Min. Gilson Dipp – que serviu de norte para a posição do próprio STJ na sequência<sup>361</sup> – sinalizou não só a opção política-criminal pela responsabilização da pessoa jurídica como entendeu pelo modelo de heterorresponsabilidade<sup>362</sup>.

descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa. A Constituição estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado (inc. XLV do art. 5.º), e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. A individualização da pena é feita com base na culpabilidade que significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. Portanto, há uma incapacidade penal da pessoa jurídica, que a análise sistemática do texto constitucional torna evidente.” (REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica *In* PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel [coords.]. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-344).

<sup>360</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm) Acesso em: 04.05.2019.

<sup>361</sup> “Para uma rápida demonstração a respeito da influência do julgado acima transscrito na cristalização da jurisprudência sobre o tema perante o Superior Tribunal de Justiça, sodalício que tem a missão constitucional de pacificar a interpretação da legislação federal em todo o território nacional, empreendeu-se pesquisa no sítio eletrônico [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) com o verbete ‘610114’, resultando na identificação de sete outros julgados, além do próprio REsp º 610.114/RN. São eles: EDcl no REsp 865.864/PR, Ministro Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, j. 20/10/2011, pub. 01/02/2012; REsp 847.476/SP, Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 08/04/2008, pub. 05/05/2008, HC 93.867/GO, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08/04/2008, pub. 12/05/2008; REsp 889.528/SC, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17/04/2007, pub. 18/06/2007; RMS 20.601/SP, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 29/06/2006, pub. 14/08/2006; RHC 19.119/MG, Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 09/02/2006, pub. 13/03/2006.” (SARCEDO, Leandro. op. cit., p. 119). A busca com os mesmos critérios e verbete foi repetida no momento da presente pesquisa e apresentou os mesmos resultados.

<sup>362</sup> “I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal começa a revisitar a matéria, ainda que de forma tímida, e consigna que a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural<sup>363</sup>. Mas foi em 2013 que a Corte, em razão do julgamento por maioria da 1ª Turma da Corte, em relatoria da Min. Rosa Weber, do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, se posiciona mais claramente pela possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização pessoa natural<sup>364</sup>.

contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.". IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no polo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido." (STJ, REsp nº 610.114/RN, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.11.2005, DJ 19.12.2005. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 04.05.2019).

<sup>363</sup> Tal afirmação é extraída do voto do Rel. Min. Dias Toffoli, acompanhado a unanimidade pela 1ª Turma da Corte "No que concerne a norma do §3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural." (STF, AgR em RE nº 628.582/RS, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.09.2011, DJe 10.10.2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 04.05.2019).

<sup>364</sup> "1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido." (STF, RE nº 548.181/PR, 1ª T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013, DJe 30.10.2014. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 04.05.2019). Interessante notar que o acordão apresenta alguns argumentos de ordem política-criminal, como já exposto anteriormente, e alguns fundamentos relacionados mais à preocupação de se conferir maior eficácia a norma constitucional do que à dogmática de

Cumpre fazer referência, ainda, ao Anteprojeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 vocacionado a instituir o Novo Código Penal Brasileiro que em seu art. 41 sinaliza pela adoção do modelo misto de responsabilidade penal da empresa, isso porque ao passo que exige em seu caput que a infração “seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”, em seu §1º diz que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas “não depende” da responsabilidade penal das pessoas naturais<sup>365</sup>.

A partir dessas considerações que, não têm e nem poderiam ter o propósito de encerrar a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, parece ser possível se concluir por ao menos dois pensamentos pertinentes à presente pesquisa.

O primeiro deles de que, de fato, o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica parece também sinalizar, como já dito anteriormente, à necessidade de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma. É elemento dogmático que influencia essa conclusão a partir da formatação visual da teoria dos conjuntos e da lógica orbital proposta.

As grandes dificuldades de compreensão do tema parecem estar em um passo anterior do raciocínio que deve ser melhor compreendido antes mesmo do estudo dos modelos técnicos de responsabilidade da empresa, modelos esses que como visto estão pautados a partir dos elementos de Direito Penal Geral. Neles, finca-se a discussão na dificuldade de aplicação dos elementos da teoria do delito de imputação penal às pessoas naturais, desenvolvendo modelos que, em sua maioria, trabalham com essa dinâmica de modos diferentes. Na verdade, em vez de tentar esse encaixe quase impossível, parece que seria o caso de compreender que as lógicas de responsabilização penal de pessoas naturais e jurídicas

Direito Penal. Além disso, embora consigne a possibilidade de independência da responsabilização penal da pessoa jurídica em relação à imputação penal da pessoa natural, consigna que essa é importante para certificar se os fatos criminosos se deram a partir de regulares atribuições internas e em benefício do ente moral, dois elementos notadamente atrelados aos modelos de heterorresponsabilidade como visto.

<sup>365</sup> Redação de acordo com o Substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Taques: “Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas. §2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física. §3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes combinadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 05.05.2019.

são distintas<sup>366</sup>. Elas estão fundamentadas em bases históricas e sociais diferentes, as mesmas que levam ao entendimento da existência de uma autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico e já analisadas anteriormente. É de se perceber que a própria problematização dogmática, em si considerada, do tema da responsabilidade penal da empresa indica que isso é uma questão destacada dos moldes próprios do Direito Penal Geral com uma multiplicidade de modelos, alternativas e conclusões. Isso parece implicar a necessidade de se pensar em uma teoria do delito própria para as pessoas jurídicas, ajustada às premissas de raciocínio que têm justificado a própria existência da responsabilização dos entes morais. Pode se dizer, portanto, que, do ponto de vista dogmático e científico a autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico e sua formatação histórica justificam a responsabilidade penal da pessoa jurídica e essa justifica aquelas<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> “Las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que concirieren al problema del sujeto y de la norma jurídica. En este sentido, los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena. La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación con la incompatibilidad de dichos conceitos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica. Sin embargo, todo intento que tome como punto de partida ditos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables.” (BACIGALUPO, Silvina. op. cit., p. 86).

<sup>367</sup> Essas ideias parecem encontrar respaldo, a exemplo: José Miguel Zugaldía Espinar: “En la actualidad, el análisis de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas debe llevarse a cabo partiendo de tres premisas fundamentales. [...] En tercer lugar, y debido a todo lo anterior, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas radica hoy en la necesidad de establecer los criterios normativos de imputación que permitan atribuir un delito a una persona jurídica (esto es, en la elaboración de una teoría jurídica del delito – o teoría de la imputación – de la persona jurídica)” (op. cit., p. 9); Silvina Bacigalupo: “La idea de sujeto que ha sido el punto de referencia de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad no es capaz de resolver el problema planteado en la actualidad por numerosas conductas *colectivas*, cuya realización es percibida en la sociedad actual como comportamientos que requieren la aplicación de penas criminales, como son las conductas punibles cometidas por o a partir de personas jurídicas. Por esta razón, el modelo de Derecho penal dominante, basado en un sujeto individual, parece incapaz para solucionar los conflictos sociales que hoy se consideran de relevancia penal. Los conceptos dogmáticos de acción y culpabilidad, así como la pena entendida como pena privativa de libertad han sido elaborados a partir de la idea del individuo y de sus cualidades. El *individuo* como sujeto del Derecho penal ha marcado los conceptos dogmáticos de la teoría del delito y, en consecuencia, un concepto de acción y de culpabilidad elaborados únicamente y exclusivamente a partir de las capacidades del mismo. Consecuentemente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha negado sosteniendo su incapacidad de acción y de culpabilidad. La respuesta, por otro lado, no podía ser otra, ya que el planteamiento de esta cuestión se ha abordado precisamente a partir de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad.” (op. cit., p. 82-83); Leandro Sarcedo: “Os conceitos de ação e de culpabilidade e as finalidades da pena são diferentes, de maneira que esses dois sistemas penais – o do indivíduo e o da empresa – não podem estar contemplados numa Parte Geral única, a qual seria evidentemente incapaz ou mesmo conflituosa no intento de abranger as peculiaridades de cada um deles, na medida em que são, de fato, pessoas de naturezas distintas. [...] Isso tudo só demonstra, ainda mais, a complexidade do assunto, que não merece e não pode ser tratado como mero apêndice da responsabilidade penal das pessoas naturais. Pouco importa a localização dessas previsões a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica na cartografia da legislação penal, se dentro ou fora do Código Penal. O certo é que, sem essas necessárias normatizações, que comporiam uma espécie de Parte Geral

E a partir desse primeiro pensamento, chega-se ao segundo que é entender se entre os vários modelos estudados há um ideal ou mais ajustado possível à ideia contemporânea de compliance e qual seria a principal premissa que deve estar presente na formatação de uma teoria do delito das pessoas jurídicas. Quer dizer, entender se o compliance propõe um argumento de coerência para solucionar e operacionalizar a questão. Também sem a pretensão de encerrar o debate, fato é que a resposta parece estar justamente no reconhecimento da necessidade de identificação de um elemento próprio de responsabilização da pessoa jurídica, a qual deve, de uma maneira geral, estar circunscrito em seu defeito de organização<sup>368</sup>. Essa parece ser a solução dogmática mais coerente, em especial considerando a relação entre o Direito Penal Econômico e o compliance ou o exercício da tarefa de conformidade pelos particulares.

Ora, se o Estado opta por responsabilizar penalmente a pessoa jurídica de um lado e de outro exige legalmente que essa adote as melhores práticas de conformidade – estando as matérias de Direito Econômico, Direito Penal Econômico e compliance em verdadeiro diálogo dogmático, histórico, jurídico e operacional, sobre o qual deve prevalecer a completude e coerência do ordenamento jurídico<sup>369</sup> – nada parece mais coerente que a responsabilização da pessoa jurídica esteja pautada na ausência ou deficiência dessa tarefa de

da imputação ao ente coletivo, não será possível desenvolver esse importante instrumento dogmático de maneira que ele possa atingir, como plenitude, toda sua potencialidade político-criminal.” (op. cit., 188 e 193); SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. op. cit., capítulo 3, p. 165-216.

<sup>368</sup> Há quem entenda que o defeito de organização integra a culpabilidade, a exemplo: “Nosotros hemos sostenido un punto de vista similares para el Derecho alemán de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*), que partiría de un principio de ‘falta de organización’ como legitimación de la responsabilidad de la agrupación [...]. Esta explicación ha encontrado el consenso de la literatura alemana reciente (Otto), de una parte de la doctrina (y de la jurisprudencia constitucional) española (Zugaldía) y suiza ( Hurtado Pozo).” (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad...*, p. 105); na proposta de uma Parte Geral de responsabilização penal da pessoa jurídica de Leandro Sarcedo, esse é uma das premissas básicas: “Em qualquer hipótese, seja a responsabilidade autônoma ou derivada, deve estar sempre presente a culpabilidade própria da empresa, aferida pelo critério do *defeito de organização*, rechaçando-se expressamente qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva.” (op. cit., p. 192); há quem entenda que o defeito de organização insere-se na tipicidade, a exemplo: “O relevante para o Direito Penal das pessoas jurídicas são aquelas hipóteses em que existe uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico que proporcionado pelo risco proibido criado pelo *defeito de organização* empresarial. O injusto da empresa, portanto, comporta essa globalidade, de tal sorte que a conduta típica da empresa é a prática da ação prevista no tipo penal, desde que proporcionada pela sua irregular auto-organização. [...] O *defeito de organização*, conforme já foi dito anteriormente, não é um mero critério ou juízo de valor, mas verdadeira parcela da própria conduta global da pessoa jurídica. Assim, deve aparecer dogmaticamente como *elemento normativo do tipo de injusto*.” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. op. cit., p. 190 e 198).

<sup>369</sup> “Para que ganhe conteúdo prático o conceito legal de *defeito de organização* ensejador da culpabilidade corporativa para fins de embasar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz-se necessário que se preencham, com requisitos normativos claros e precisos, quais são os deveres mínimos e irredutíveis que uma empresa deve observar na condução de sua atividade social, bem como em que situações ela está de fato jungida ao dever de cooperar com o Estado na prevenção de determinados riscos, como expressão da *autorregulação forçada* (ou regulada) em que se encontra imersa a atividade econômica contemporânea. Sem isso, todo este esforço se esvai, perdendo-se nos descaminhos da insegurança jurídica.” (SARCEDO, Leandro. op. cit., p. 194).

conformidade, ou seja, no defeito de organização. É de se adequar ou a aprimorar a intervenção do Estado no domínio econômico nesse aspecto.

Quer dizer, sob pena de responsabilização objetiva da empresa, essa deve ter para si elementos da teoria do delito que justifiquem sua responsabilização e esses elementos podem ser extraídos de outras normas que regulamentam a atividade da empresa no País, precisamente aquelas que dispõem a forma pela qual a pessoa jurídica deve se organizar a evitar a prática de ilícitos.

Com isso, parece ser possível se afastar, por exemplo, um dos problemas mais sensíveis do modelo vicariante que é, justamente, transpor a culpabilidade da pessoa natural à pessoa jurídica. Responsabilizá-la, mesmo se demonstrada a mais perfeita organização e conformidade, por ato de deliberação exclusiva de pessoa natural, que, mesmo ciente dos limites de sua atuação, pratica o delito econômico, seria responsabilizá-la de forma objetiva. Nesses casos em que a empresa está organizada, essa sinaliza de forma clara que qualquer conduta praticada, ainda que em seu benefício, não é um direcionamento seu, mas uma opção clara e exclusiva da pessoa natural<sup>370</sup>. Assim, penalizar o defeito de organização é, ao mesmo tempo, privilegiar a empresa organizada. Isso, ao fim e ao cabo, acaba por incentivar que as empresas estejam em compliance e contribuam para a existência de um ciclo virtuoso de conformidade e diminuição de criminalidade econômica. É a formatação da responsabilidade penal da pessoa jurídica a favor das finalidades precípuas do Direito Econômico, do Direito Penal Econômico e do próprio compliance.

Igualmente, essa proposta parece apta a afastar o problema de ausência de responsabilidade penal nos casos em que algo fático ou jurídico resulta na não responsabilidade da pessoa natural (problema de identificação, dificuldades aferição dos elementos subjetivos do tipo, prática da conduta por colaborador de menor escalão sem dever e poder de agir, prescrição, etc.). Isso não quer dizer que não existiu ação humana, pressupondo que a pessoa jurídica poderia agir sem que qualquer ação humana de seus colaboradores fosse feita. Seria ignorar a natureza das coisas. Aliás, essa perspectiva parece poder eliminar os questionamentos de como responsabilizar a pessoa jurídica se essa não é capaz de agir. O que se propõe, portanto, é a possibilidade de responsabilização da pessoa

---

<sup>370</sup> Obviamente essa dinâmica deverá ser apurada no caso concreto, o que, aliás, é da própria natureza das coisas e de qualquer tarefa de subsunção. No entanto, isso não pode ser capaz, por si só, de afastar a possibilidade dogmática de responsabilização penal da pessoa jurídica. Inclusive, no caso concreto, se não identificada a pessoa natural, isso pode ser tido como um dos elementos decorrentes do defeito de organização.

jurídica diante de ação ou omissão de seus colaboradores, mesmo que esses não sofram imputação penal, de acordo com a teoria do delito aplicada à pessoa natural.

Parece apta a afastar também o problema de maior responsabilização das empresas pequenas em relação às maiores e mais bem estruturadas, vez que a apuração da culpabilidade pelo defeito de organização pode bem ser proporcional, devendo ser compreendido concretamente de acordo com a estrutura, tamanho e amplitude de atividades da empresa<sup>371</sup>.

Também parece ser uma solução que tenta viabilizar uma aproximação entre os defensores da possibilidade dogmática de responsabilidade penal da empresa e os contrários a essa, como o exemplo de contraponto de Miguel Reale Júnior (ver nota nº 337). Segundo o autor, um dos elementos que impedem a possibilidade de responsabilidade penal da empresa seria justamente a impossibilidade de conferir-lhe culpabilidade, em especial, pela disposição constitucional expressa de individualização da pena. A proposta relativiza essa dificuldade ao passo que não depende do transpasse dos elementos da teoria do delito de imputação à pessoa natural, mas confere uma culpabilidade própria, caracterizada pelo defeito de organização.

Poderia, inclusive, se pensar que essa alternativa, por si só, não seria capaz de resolver um problema: as pessoas jurídicas criadas exclusivamente para a prática de delitos. Se a responsabilidade penal da pessoa jurídica está pautada no defeito de organização, não seria possível penalizar a pessoa jurídica criada para a prática de delitos, mas perfeitamente organizada. Por essa razão é importante pensar na organização não só do ponto de vista formal, mas com caráter material. Quer dizer, a organização será satisfatória se vocacionada efetivamente ao respeito do ordenamento jurídico. A empresa criada e organizada com o fim

---

<sup>371</sup> “A capacidade de produção de riscos e as suas correlatas expectativas sociais de implementação de estratégias de controle não podem ser iguais em relação à uma instituição financeira transnacional e um pequeno varejo de bebidas alcóolicas na periferia de uma cidade do interior paulista. As empresas não possuem o mesmo faturamento, número de funcionários, especialização de órgãos administrativos, divisão de tarefas, quantidade de sócios etc. Evidentemente, os critérios de administração esperados não podem ser idênticos. Se assim fossem, tratar-se-ia juridicamente igual os materialmente desiguais, aspecto sempre contributivo para o aprofundamento da seletividade do sistema criminal.” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. op. cit., p. 199). Nessa perspectiva, inclusive, há quem defende a possibilidade de uma inimputabilidade específica da pessoa jurídica de pequeno porte ou não madura ainda: “En contra de tendencias recientes para la afirmación de esta culpabilidad con consecuencias sancionadoras (finalmente penales) no se necesita la existencia previa de ‘programas de compliance’, pues los deberes de respetar las normas vigentes son presupuestos previos a la constitución de las personas jurídicas. Por cierto que facilitaría mucho las cosas (y la determinación del dolo o la culpa) si la legislación exigiera, mediante regulaciones específicas precisas y detalladas, que las empresas incluyeran en su organización determinadas medidas de prevención de delitos e infracciones. Esta exigibilidad tendrá que estar en relación con el tamaño del ente colectivo, pues se debería excluir a organizaciones de menor magnitud. Y consecuentemente, también, la regulación de una ‘culpabilidad’ del ente colectivo debería prever no solamente casos de error, caso furtuito, causa de atenuación, agravación o ejecución de culpabilidad, sino también de ‘inimputabilidad’ en función del tamaño del ente colectivo (‘madurez’).” (VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. op. cit., p. 30).

de desrespeitá-lo, também contém uma organização defeituosa do ponto de vista material. Se se pune a empresa formatada para fins lícitos, mas mal organizada, nada mais coerente do se punir a empresa formatada para fins ilícitos.

Nessa perspectiva e concluindo o presente tópico, pode se entender que o compliance traz mais um exemplo de reconhecimento da autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico e de sua operacionalização. Assim, por coerência, parece que os modelos mistos de responsabilização penal da pessoa jurídica são os mais adequados e hoje aplicáveis em relação às práticas criminosas em que a Constituição Federal assim permite – além disso será necessária a reformatação constitucional textual ou interpretativa do fenômeno. Reconhecem a natureza das coisas com a necessidade de se verificar concretamente uma ação ou omissão delituosa de alguma pessoa natural integrante da empresa e, ao mesmo tempo, permitem a responsabilização penal da empresa independentemente da imputação penal concreta da pessoa natural. Nesse sentido:

Com os modelos mistos, almeja-se obter o melhor de cada modelo. De uma perspectiva, a facilidade e segurança jurídica decorrente do modelo de heterorresponsabilidade, com sua pretensa capacidade de transferir à empresa, por meio da aplicação da sanção pertinente, a totalidade dos custos sociais decorrentes da ação delitiva. De outra, o estímulo às melhorias organizacionais nas empresas, inclusive com mecanismos de incentivo às denúncias e reparações por fatos que já ocorreram ou têm sua ocorrência em curso, na medida em que importam na possibilidade de absolvição ou de mitigação da pena. [...] Não se pode perder de vista que, ainda que a ação da pessoa jurídica pressuponha uma ação humana inicial, fato é que a pessoa jurídica compõe-se de um agregado de ações humanas, cujo montante muitas vezes é diferente de cada uma das ações naturais isoladamente consideradas. Não se trata de mera soma, mas de relação sinérgica de vários comportamentos humanos que redundarão num resultado diferente do que a soma dos resultados individualmente considerados. Daí por que os modelos mistos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive com a não exclusão da possibilidade de imputação às pessoas físicas dos fatos individualmente atribuíveis, são os mais eficazes no sentido de exercer o controle social da criminalidade econômica no seio da empresa, pois contemplam todas as opções político-criminais para ação do Estado. Permite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica por transferência, desde que esteja presente o requisito de culpabilidade consistente no defeito de organização da corporação. Quando não há possibilidade jurídica de imputar-se o fato a uma pessoa natural, ainda assim remanesce a possibilidade de imputá-lo ao ente coletivo, desde que sua organização interna não tenha sido implementada de forma apta e necessária a prevenir eventos delituosas. Tudo isso sem excluir a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes que perpetraram o delito. Busca-se, com isso, dar incentivo real à adoção de medidas internas de controle e prevenção às empresas criando um ambiente de cooperação pelo bem dos

rumos da empresa, na medida em que sua culpabilidade será aferida e considerada em cada caso concreto.<sup>372</sup>

#### **4.2 A importância do estudo da responsabilidade penal por omissão imprópria: a experiência do compliance officer**

A responsabilidade penal por omissão parece ser outro ponto apto a revelar a autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico a partir da relação simbiótica dessa com o compliance. Para demonstração dessa perspectiva, a pesquisa propõe, nesse ponto, o estudo da responsabilidade penal por omissão, da figura e função do compliance officer e como tais ideias se inter-relacionam, formatando mais um exemplo da operacionalização dos fenômenos pesquisados e da confirmação de tal autonomia.

Pois bem. Tanto a ação como a omissão são posturas, por assim dizer, capazes de caracterizar a conduta penalmente típica<sup>373</sup>. Em outras palavras, tanto uma postura positiva do agente que gere risco ou dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal criminalizadora como seu estar negativo que também contribua nesse sentido podem caracterizar a infração penal. Assim, embora, no plano fático, prático, ôntico ou do ser das coisas a ação e a omissão se apresentem de forma diferente (postura positiva *versus* postura negativa), inclusive podendo sofrer impressões de ordem moral e social diferentes, no plano jurídico ambas podem resultar na configuração da mesma conduta típica. Porém, ainda assim, embora os resultados da apreciação jurídica possam ser os mesmos ao final (caracterização da infração penal), os pressupostos de configuração de uma e outra situação são juridicamente diferentes.

---

<sup>372</sup> SARCEDO, Leandro. op. cit., p. 109-110.

<sup>373</sup> Para Aníbal Bruno: “O comportamento humano que constitui a ação pode manifestar-se por uma atitude positiva, um fazer do agente, ação em sentido estrito, ou por uma atitude negativa, um não fazer, que é a omissão. Ação é, assim, um termo genérico, que compreende as duas formas possíveis do comportamento do agente.” (op. cit., p. 190). Também vale citar o texto de Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio: “A conduta (ou ação) manifesta-se em duas formas básicas de comportamento humano: a comissão (ação em sentido estrito) e a omissão. A comissão (ação em sentido estrito) aparecerá quando o sujeito pratica um ato, faz alguma coisa, age, atua positivamente, como quando dispara uma arma, subtrai determinada mercadoria ou desfere um soco em alguém. A omissão, por sua vez, surgirá quando o sujeito deixa de praticar um ato, não faz alguma coisa que deveria fazer, atua negativamente, como quando deixa de socorrer alguém em perigo, não declara valores que recebeu para não pagar impostos etc. Dentro da teoria do crime, a comissão (ação em sentido estrito) e omissão sempre terão um caráter normativo, ou seja, para sabermos se alguém praticou uma ação ou uma omissão penalmente relevante é necessário analisar este comportamento humano à luz do que dispõe lei penal. Por isso diz-se que as normas penais incriminam tanto ações quanto omissões. As normas penais que incriminam ações são chamadas de proibitivas e as que incriminam omissões são chamadas de imperativas ou preceptivas.” (FABRETTI, Humberto Barriónuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal: parte geral*, versão eletrônica, São Paulo : Atlas, 2019, item 8.2).

Como sinaliza Heloisa Estellita:

A omissão é uma das formas de realização da conduta típica. O art. 13, caput, do Código Penal Brasileiro (CPB) prescreve que a imputação do resultado será feita aquele que lhe deu causa, por ação ou omissão. Se no campo fenomenológico ou ôntico, ação e omissão diferem, no campo das valorações político-criminais, ou seja, normativo, é possível encontrar um denominador comum entre as duas formas de realização da conduta típica, ambas são formas de ofender o bem jurídico tutelado. Em uma delas, há a criação do risco por meio de um movimento corporal; na outra há um dever de atuar como meio de proteção de bens jurídicos ameaçados e o desatendimento a esse dever por meio da falta de prática da ação legalmente devida. [...] Se no campo da valoração, as formas de realização da conduta típica podem ser acolhidas por um mesmo juízo de reprovação, há diferenças quanto aos pressupostos da punibilidade da conduta comissiva e da omissiva, tanto na estrutura do tipo objetivo, como no âmbito da antijuridicidade e da culpabilidade<sup>374</sup>.

Ou, ainda, Aníbal Bruno bem detalha os contornos da omissão que pode ter consequências para a lei penal:

A omissão admite um conceito que sustente a sua posição dentro da fórmula geral da ação em sentido amplo, gênero do qual é uma espécie. Como a ação em sentido estrito, ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade, que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado. Este é o elemento naturalista da omissão. Mas esse comportamento, que consiste em um não fazer, não revela espontaneamente o seu conteúdo. Este é o não cumprimento da ação devida, isto é, da ação que teremos de caracterizar, não como uma ação qualquer, mas como a ação determinada que, nas circunstâncias, era de esperar do agente. Assim, o elemento naturalista de voluntário comportamento negativo do agente se completa pelo elemento normativo da ação que era de esperar, da ação devida, o que importa, não no juízo de alguém, mas no contraste real e efetivo entre esse comportamento e uma norma. [...] A omissão relevante para o Direito Penal é a que consiste em omitir o cumprimento de um dever jurídico. O agente deixa de praticar a ação que lhe impunha o Direito, seja que desobedeça a um comando da lei, seja que deixe de exercitar a atividade a que, nas circunstâncias, estava obrigado para evitar um resultado que a lei proíbe<sup>375</sup>.

A omissão do agente também é, portanto, penalmente relevante. Na lei brasileira, integra o conceito de causa, conforme *caput* do art. 13 do Código Penal: “Art. 13 - O

---

<sup>374</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresa*. São Paulo : Marcial Pons, 2017, p. 77.

<sup>375</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 193-194.

resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”. Assim, como dito anteriormente, mediante uma postura negativa ou um não fazer fático é possível dar causa ao risco ou ao dano ao bem jurídico tutelado, que perfazem a infração penal. Existiu uma situação de fato e algo não foi feito, de modo que tal abstenção gerou o risco ou o dano ao bem, a depender da situação e da figura típica. Esse fenômeno se manifesta de duas formas.

Há a chamada omissão própria ou pura em que o agente, em postura negativa ou de abstenção, descumpre norma legal. A abstenção em si considerada é tipificada como infração penal por implicar o descumprimento de norma legal mandamental<sup>376</sup>. São figuras típicas destinadas a todos, sem distinção, que podem ser sujeitos ativos das infrações respectivas. A omissão é penalmente relevante, nesse primeiro caso, porque a norma penal elege a abstenção, em si, como elemento do tipo. É nisso que está, objetivamente, a relevância causal entre o não fazer e a figura típica. Exemplos clássicos dessa ideia são os crimes de omissão de socorro (art. 135, CP), de sonegação fiscal na sua modalidade omissiva em que o agente omite informação (art. 1º, Lei nº 4.729/1965) e o crime de omissão de socorro praticado pelo condutor de veículo automotor (art. 304, Código de Trânsito Brasileiro).

Diferentemente, há a chamada omissão imprópria ou impura, ou como também é reconhecido o fenômeno, os chamados crimes comissivos por omissão. Essa segunda modalidade interessa especialmente à presente pesquisa e este ponto.

Nessa segunda forma de omissão penalmente relevante, não há a identificação da abstenção em si como conduta típica. Em termos normativos práticos, a conduta omissiva não está delimitada como elemento do tipo penal. Porém, há o reconhecimento, em termos legais, de que determinado grupo de agentes possuem um especial condição que gera o dever de agir e de evitar o resultado (risco ou dano). Tem o agente, em razão de sua posição legal, portanto, a especial obrigação apta a evitar o resultado típico. Essa posição especial, associada à situação concreta, que o difere dos demais sujeitos, é a chamada posição de garantidor ou de

---

<sup>376</sup> “Os *crimes omissivos próprios* ou puros, enfatizando, consistem numa desobediência a uma *norma mandamental*, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, a *omissão de um dever de agir* imposto normativamente, quando possível cumpri-lo, sem risco pessoal.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, vol. 1, 21. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 2015, p. 309); “Existem os crimes omissivos, que são aqueles que exigem para sua ocorrência o descumprimento da ordem legal, ou seja, que o sujeito pratique uma conduta negativa, não faça aquilo que a lei manda, não atue, não aja, como ocorre, por exemplo, com a omissão de socorro, omissão de notificação de doença compulsória, sonegação fiscal etc.” (FABRETTI, Humberto Barrioueuvo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. op. cit., item 8.2).

garante. Uma especial posição que coloca o agente na expectativa legal de garantidor do bem jurídico tutelado. Alguém de quem, por expectativa legal, se espera a defesa e proteção do bem jurídico e cuja omissão, portanto, resulta no risco ou dano a esse mesmo bem e, por isso, é penalmente relevante.

Como sinaliza Cézar Bittencourt: “Esses sujeitos relacionados assim de maneira especial, com determinados interesses jurídicos, são chamados de *garantidores*, que, segundo Sauer, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São a *garantia* de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse jurídico tutelado pelo Direito.”<sup>377</sup> Ou, ainda, como colocam Eugênio Pacelli e André Callegari: “Aquelas pessoas que, por uma razão ou outra, têm o dever, a responsabilidade, de evitar o resultado.”<sup>378-379</sup>

Verificado que o sujeito gozava dessa posição e demonstrada sua omissão em não executar a especial obrigação apta a evitar o resultado típico, esse não fazer passa a ser considerado penalmente relevante. Alguns exemplos, podem ajudar a compreender essa ideia: (i) “Padrasto estuprou a enteada menor de 14 anos. A mãe da menina sabia da referida situação, contudo, nada fez para impedir que o ato fosse praticado. A mãe, que tem a posição de garante, tem o dever de proteger sua filha.”<sup>380</sup>; (ii) “Segurança do supermercado que vê o agente furtando e nada faz para impedi-lo. O segurança está na posição de garante e tem o dever de proteger aquele estabelecimento.”<sup>381</sup>; (iii) “caso de um pai ou mãe que deixam de alimentar seu filho menor até a morte”<sup>382</sup>; ou (iv) do médico que não dá atenção devida ao seu paciente que vai a óbito<sup>383</sup>.

Definida o que é essa ideia de assunção de uma posição especial pelo agente ou por um grupo de agentes, resta, como ponto de partida, saber quais os critérios dogmáticos aptos a colocá-los em tal condição ou posição, de modo que essa norma condicionante (critérios) venha (venham) a somar à norma incriminadora na definição da conduta típica. Isto é, na

<sup>377</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, p. 311.

<sup>378</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: Parte Geral, 2. ed., rev. e atual., versão eletrônica, São Paulo : Atlas, 2016, Título III, item VI, 3.2.2.

<sup>379</sup> Segundo Eugênio Zaffaroni, a definição teórico-jurídica da posição de garante teve por objetivo “eludir la enorme amplitud prohibitiva resultante de cualquier *no evitación* pudiese ser típica.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general, 2. ed., Buenos Aires : Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 410).

<sup>380</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral, arts. 1º a 120, versão eletrônica, São Paulo : Saraiva, 2019, item 15.2.1.6.1.3.2.

<sup>381</sup> Ibidem.

<sup>382</sup> FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. op. cit., item 8.2

<sup>383</sup> Ibidem.

omissão imprópria, há a aplicabilidade concreta de duas normas penais: a que define a infração penal e a que atribui ao agente a especial condição de garante do bem jurídico afetado pelo resultado. No Brasil, essa segunda norma penal bem como a expressão dogmática (critérios) da posição de garante são extraídas do art. 13º, §2º, do Código Penal. São as “fontes” da lei brasileira da posição de garantidor<sup>384</sup>.

Diz o dispositivo que: “§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”. Assim, para os contornos necessários do princípio da legalidade no País, a posição de garantidor decorre da presença concreta de quaisquer das situações descritas nas alíneas *a*, *b* e *c*.

Parece oportuno, nesse ponto e sem a pretensão de esgotar o tema, tecer algumas considerações sobre tais hipóteses de *dever agir* do §2º do art. 13.

A primeira delas é do agente que “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância” (art. 13, §2º, *a*, CP). É um dever “que aparece numa série de situações, como, por exemplo, o *dever de assistência* que se devem mutuamente os cônjuges, que devem os pais aos filhos, e assim por diante. Há também um *dever legal* daquelas pessoas que exercem determinadas atividades, as quais têm implícita a *obrigação de cuidado*, proteção ou *vigilância* ao bem alheio, como, por exemplo, policial, médico, bombeiro, etc.”<sup>385</sup>.

Justamente por ser um dever legal, pode esse estar em lei penal ou, como ocorre na maioria das vezes, ser extraído de texto normativo de regime não penal, mas mais condizente com a disciplina da situação concreta. Como explica Heloísa Estellita, porém, não basta a

---

<sup>384</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, p. 312. No mesmo sentido: “No Brasil, o art. 13 do CPB, incluído pela reforma da Parte Geral de 1984, especialmente em seu caput e §2.º, afirma que a omissão pode ser causa de um resultado e que será relevante ‘quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado’. Nas alíneas do §2.º, estabelece os critérios para a determinação dos portadores do dever de agir para evitar o resultado, conhecidos na doutrina como garantidores, sendo aqueles que (a) tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (*dever legal*); (b) de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado (*assunção*); ou os que (c) com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado (*ingerência*)” (ESTELLITA, Heloísa. op. cit., p. 80).

<sup>385</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, p. 312-313.

simples relação formal de fontes ou a extração de ideias formais de normas extrapenais, mas a identificação concreta, pautada em fundamento material penal, de que existia o dever legal<sup>386</sup>.

É um dever “que aparece numa série de situações, como, por exemplo, o *dever de assistência* que se devem mutuamente os cônjuges, que devem os pais aos filhos, e assim por diante. Há também um *dever legal* daquelas pessoas que exercem determinadas atividades, as quais têm implícita a *obrigação de cuidado*, proteção ou *vigilância* ao bem alheio, como, por exemplo, policial, médico, bombeiro, etc.”<sup>387</sup>.

A segunda situação legal que revela a posição de garante é do agente que “de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado” (art. 13, §2º, b, CP), o que por muito tempo se convencionou chamar de “dever contratual”<sup>388</sup>. Nessa, portanto, o dever especial de agir não decorre de uma imposição legal que reveste juridicamente a situação fática que o agente se encontra, mas sim de seu posicionamento voluntário em assumir sua condição de garantidor ou protetor do bem jurídico tutelado. O agente se coloca voluntariamente na posição de garantidor, ainda que isso seja uma condição temporária, período durante o qual a omissão poderá ser penalmente relevante, como no exemplo mais simples em que a vizinha combina com a mãe que cuidará de sua filha enquanto aquela está

<sup>386</sup> “A redação da alínea a, reportando-se a um dever agir oriundo de um dever legal de cuidado, proteção ou vigilância poderia sugerir uma vinculação à teoria das fontes formais do dever de garantidor, segundo o qual o dever de agir para evitar o resultado teria como fundamento suficiente uma norma extrapenal, oriunda do setor mais apropriado a cuidar da situação de perigo ou desamparo do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. [...] A teoria dos deveres formais foi abandonada pela doutrina majoritária por diversas razões. Seu defeito central era a falta de um critério material propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas condutas diversas ou, colocado de outra forma, a aplicação da sanção penal baseada tão somente na violação de um dever extrapenal, desafiando, assim, não só o princípio da legalidade – que exige que o conteúdo da proibição seja estabelecido ao menos fundamentalmente em lei penal -, como o da igualdade ou proporcionalidade, que demanda desvalor equivalente para a imposição de uma resposta sancionadora idêntica. Ademais, essa teoria não recepcionava a posição de garantidor por ingerência, já que esta não se encontrava prevista em nenhum dever extrapenal especial. Por fim, representava uma indevida dependência do pensamento penal relativamente ao pensamento civilista, cuja independência evidenciou que a violação de um dever penal e a equivalência entre agir e omitir deveriam ser estabelecidas a partir de pontos de vista penais dadas as diversas consequências atribuídas à infração das suas normas [...] A resposta a esses defeitos foi a busca por critérios propriamente penais, materialmente fundados, que dessem conta de um preenchimento autenticamente penal dos critérios para a equiparação, como a substituição do critério da ‘lei’ pelas relações naturais, comunidades de vida concretas, etc.; da categoria da fonte formal do ‘contrato’ pela ‘assunção do fato’ de atividades de proteção e socorro etc. Como dito, incontáveis são as propostas, a ponto de ser praticamente impossível descrever o estado atual da questão; porém, o denominador comum entre elas é a convicção de que a mera existência de um dever extrapenal não é fundamento para a responsabilidade penal, sendo necessária uma fundamentação material.” (ESTELLITA, Heloísa. op. cit., p. 81-83).

<sup>387</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, p. 312-313.

<sup>388</sup> “Durante muito tempo se falou em *dever contratual*. Ocorre, porém, que o *contrato* não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidades. Pode não existir contrato e o sujeito ter *de fato* assumido uma determinada responsabilidade para com outrem. Por outro lado, pode existir contrato e esse contrato não ser válido, o que equivale a sua *inexistência*. O debate sobre esses aspectos poderia arrastar-se indefinidamente, questionando a existência, inexistência ou validade da obrigação assumida, praticamente anulando eventuais efeitos que pudesse ser alcançados pelo Direito Penal.” (Idem, p. 313).

ausente. Durante o período que a criança está sob sua vigilância, ela está na posição de garante<sup>389</sup>. Ou no caso de seguranças contratados temporariamente para trabalhar em evento festivo, período durante o qual também podem ser considerados garantes.

O conteúdo da alínea *b* parece estar, portanto, na avaliação material concreta da legítima expectativa de proteção ao bem que o agente voluntariamente assumiu. Sua omissão é relevante se, concretamente, dele se esperava um comportamento positivo de proteção ao bem porque foi ele mesmo que se colocou nessa posição. Sua atitude voluntária negativa de nada fazer na situação rompe com a expectativa gerada, indicando o liame causal omissivo com o resultado.

Por fim, nos termos do art. 13, §2º, *c*, CP também será garante o agente que “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”. Aqui, o agente, mediante postura anterior, gerou um risco a determinado bem jurídico tutelado ou potencializou um risco já existente. Verificada essa primeira etapa de certa colaboração do agente com o risco para o bem, ele passa a figurar na condição de garante com a incumbência de impedir que o risco criado ou agravado por ele resulte em efetivo dano ao bem. Caso não cumpra com tal desiderato, caracterizando sua postura negativa, sua omissão, em relação a esse risco e decorrente resultado, pode ser considerada penalmente relevante<sup>390</sup>.

Imagine-se o exemplo em que o filho, sabendo da condição idosa e debilitada de seu pai, o deixa sozinho, apenas com um telefone celular e sem cuidados em casa por longo período para ir a uma festa. Na sequência esse idoso vem a passar mal, carecendo de assistência imediata. Pede então socorro ao filho, enviando uma mensagem pelo aplicativo WhatsApp. Caso o filho visualize e ignore a mensagem, e isso resulte no falecimento do pai, parece que a omissão do filho seria penalmente relevante. Agravou conscientemente o risco e omitiu-se em impedir o resultado ao dever e poder fazê-lo<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> Ibidem.

<sup>390</sup> “O sujeito coloca em andamento, com a sua atividade anterior, *um processo* que chamaríamos *de risco*, ou, então, com seu comportamento, *agrava um processo já existente*. Não importa que o tenha feito voluntária ou involuntariamente, dolosa ou culposamente; importa é que com sua ação ou omissão originou uma *situação de risco* ou agravou uma situação que já existia. Em virtude desse comportamento anterior, surge-lhe a *obrigação de impedir* que essa *situação de perigo* evolua para uma *situação de dano efetivo*, isto é, que venha realmente ocorrer um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.” (Idem, p. 314).

<sup>391</sup> Cézar Bittencourt traz outro exemplo elucidativo: “O sujeito, imprevidentemente, coloca um vidro de remédio ao alcance de uma criança que mora no local, que apanha o frasco, toma o medicamento e passa mal. O sujeito percebe o que está ocorrendo e não a socorre. Consequentemente, se omite de uma obrigação que lhe incumbe, em virtude de, com a *conduta anterior*, ter criado a situação de perigo. E em decorrência de sua *omissão* a criança morre. Nesse caso, há um *crime comisso por omissão* (omissivo impróprio).” (Idem, p. 315).

Mas esse “dever de agir” não basta, a ele, como pontua Cézar Bittencourt, são somados o “poder de agir” e “a evitabilidade do resultado”:

A doutrina criou uma série de condições ou hipóteses que poderia ser consideradas *as fontes* do dever de evitar o resultado. No Código de 1940, nos encontrávamos nessa situação, na qual a figura do *garantidor* era simples produto da elaboração doutrinária, não havendo nenhuma norma legal que permitisse identificá-lo. A *Reforma Penal* de 1984, finalmente, regulou expressamente – quando tratou da relação de causalidade – as hipóteses em que o *agente assume a condição de garante*. [Na sequência explica os pressupostos] a) *Poder de agir*: o *poder de agir* é um pressuposto básico de todo comportamento humano. Também na omissão, evidentemente é necessário que o sujeito tenha a *possibilidade física* de agir, para que se possa afirmar que *não agiu voluntariamente*. É insuficiente, pois, o *dever de agir*. [...] b) *Evitabilidade do resultado*: mas, ainda que o omitente tivesse a possibilidade de agir, fazendo-se um *juízo hipotético de eliminação* – seria um juízo hipotético de acréscimo –, imaginando-se que a conduta devida foi realizada, precisamos verificar se o resultado teria ocorrido ou não. Ora, se a realização da *conduta devida* impede o resultado, considera-se a sua omissão *causa* desse resultado. No entanto, se a realização da conduta devida não impediria a ocorrência do resultado, que, a despeito da ação do agente, ainda assim se verificasse, deve-se se concluir que a omissão não deu ‘causa’ a tal resultado. E a ausência dessa *relação de causalidade*, ou melhor, no caso, *relação de não impedimento*, desautoriza que se atribua o resultado ao omitente, sob pena de consagrarse uma odiosa *responsabilidade objetiva* [...]. c) *Dever de impedir o resultado*: mas, se o agente podia agir e se o resultado desapareceria com a conduta omitida, ainda assim não se pode *imputar* o resultado ao sujeito que se absteve. É necessária uma *terceira condição*, ou seja, é preciso que o sujeito tivesse o *dever de evitar o resultado*, isto é, o *especial dever de impedir*-lo ou, em outros termos, que ele fosse *garantidor* da sua não ocorrência.<sup>392</sup>

A esses três pressupostos de relevância penal da omissão imprópria, por assim dizer, e à sua própria legalidade (sustentada no Brasil com a caracterização concreta das hipóteses legais do art. 13, §2º), parece que deve ser agregada a igualmente material, inclusive, como de certa forma, explicando o racional dessas próprias hipóteses do art. 13.

Considerando que no atual regime não há distinção, preliminar e em abstrato, de sanção penal para ação e a omissão imprópria (de forma abstrata, sem ignorar a possibilidade de calibração concreta com base no art. 59, CP), indicando que ação e omissão, se penalmente relevantes, partem do mesmo patamar sancionatório, a omissão para ser um relevante penal parece que tem de ser aquela que tem igual gravidade à conduta positiva que leva à tipificação por um critério de isonomia lógico. Explica Heloísa Estellita:

---

<sup>392</sup> Idem, p. 311-312.

Partindo já do direito positivo brasileiro, duas exigências constitucionais fundamentam a necessidade de uma alavancagem material da posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios: os princípios da legalidade e o da igualdade. O primeiro, no seu conteúdo mínimo, estabelece que não há responsabilidade penal sem lei (art. 5.º, XXXIX, CFB). Se é assim, normas extrapenais não podem constituir por si e originalmente hipóteses de responsabilidade penal. O fundamento da posição de garantidor, embora tenha de ser legal, não terá a sua origem em normas extrapenais, mas em normas penais, que fundamentem o dever especial de agir para evitar o resultado que incumbe ao garantidor. A punibilidade da violação desse dever especial deverá atender ao princípio da legalidade penal, ou seja, estar definida como crime, o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal de crime e a norma do art. 13, §2.º, CP, formando, assim, a norma incriminadora omissiva imprópria. Isso não basta, porém. É essencial a adição do fundamento material, exigência que decorre do princípio da igualdade, que tem, como conteúdo mínimo, o tratamento igualitário perante a lei (art. 5.º, caput, CFB). Em matéria penal, implica exigir que, no mínimo, condutas que recebem a mesma sanção penal tenham a mesma gravidade (desvalor). Como o art. 13, §2.º, imputa ao autor da omissão imprópria a mesma pena do autor da comissão, é necessário que a gravidade de suas condutas seja equivalente<sup>393</sup>.

Nesse sentido, considerando a ideia de evitabilidade concreta do resultado mencionada acima, a omissão imprópria para ser penalmente relevante parece que deve ser aquela que guarda correspondência isonômica com a postura positiva penalmente relevante.

Em outras palavras, a omissão imprópria para ser um relevante penal tem de ter o mesmo potencial decisivo na produção do resultado que a ação positiva tem. A omissão como relevante causal penal, assim, parece ser aquela que tem a mesma potencialidade lesiva que a postura comissiva tem também enquanto causa.

Em exemplo que parece simplificar o raciocínio, seria de todo incoerente do ponto de vista dogmático, *a priori* e de no pensamento abstrato, entender que a subtração de um pedaço de carne para consumo próprio no supermercado (comissão) não seria penalmente relevante pela aplicação do princípio da insignificância (atipicidade material) e entender que o segurança da mesma loja, que se omitiu em não abordar a pessoa, teria sua postura omissiva considerada como relevante.

Era de se esperar que essa equiparação material da potencialidade lesiva entre condutas positivas e negativas, que materializa o princípio da igualdade material, não fosse simples ou apresentasse critérios estanques ou definitivos. O que se verifica são várias

---

<sup>393</sup> ESTELLITA, Heloísa. op. cit., p. 84-85.

propostas nesse sentido, de modo que seria de todo pretencioso tentar esgotá-las no escopo dessa pesquisa. Porém, a prezar pela objetividade, como aponta Heloísa Estellita, duas correntes mais claras sobre os parâmetros que justificam a equiparação de relevância entre a conduta ativa e a omissiva: (i) a primeira fundamentada no domínio ou controle sobre aquilo que gera o resultado lesivo (desenvolvida originalmente por Bernd Schünemann) e (ii) a segunda pautada na distribuição de atribuições institucionais e organizativas (desenvolvida originalmente por Günther Jakobs)<sup>394</sup>.

A corrente atrelada ao domínio sobre o que gera o resultado lesivo define que a relevância penal da omissão imprópria está na verificação concreta do domínio real – e não meramente hipotética - do agente sobre a causa ou o fundamento do resultado, o que se daria em dois grandes grupos de casos: “naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação; e naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento.”<sup>395</sup>. Assim, o grande mérito desse critério parece ser a identificação de que a fonte formal da posição de garante apenas (penal ou extrapenal) é insuficiente para justificar a relevância da omissão. Só é relevante a omissão que estiver no mesmo grau de desvalor da conduta comissiva que gera o mesmo resultado. Essa graduação é identificada pela leitura concreta e casuística do domínio real do agente nos termos acima<sup>396</sup>.

Por sua vez, a corrente pautada na distribuição das atribuições organizativas e institucionais tem base puramente normativa e fundamenta a relevância penal das condutas comissivas e também omissivas. Quanto à omissão, em relação às atribuições organizativas, são identificadas esferas de organização ou de âmbito de vida das pessoas, gerando a expectativa de não ingerência nas esferas alheias. As omissões relevantes seriam aquelas representadas pelo fato de o agente não ser capaz de conter os riscos gerados na sua esfera, a ponto de produzir resultados danosos nas esferas alheias. Já em relação à responsabilidade

<sup>394</sup> “Assim, ao lado da necessidade de previsão do tipo penal de crime, que é exigência do princípio da legalidade, é ainda necessária uma fundamentação material para a equiparação da resposta penal comissiva à omissiva. Há inúmeras propostas quanto a essa fundamentação, mas que podem ser agrupadas e sintetizadas, fundamentalmente, em duas grandes correntes: a que se baseia no domínio ou controle sobre o fundamento do resultado e a que se funda em competências organizativas e institucionais.” (Idem, p. 88).

<sup>395</sup> Idem, p. 88-90. Detalha Heloísa Estellita: “São casos de domínio sobre o desamparo do bem jurídico os dos garantidores por vinculação natural, por relações de comunidade de vida, comunidades de perigo e por assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado. São casos de domínio sobre uma causa essencial do resultado os dos garantidores por responsabilidade sobre fontes de perigo (coisas) e por responsabilidade sobre o atuar alheio (pessoas).” (Ibidem).

<sup>396</sup> Ibidem.

institucional por omissão essa é derivada da inobservância de deveres positivos previstos juridicamente nas principais instituições da sociedade (v.g. casamento, poder familiar, deveres administrativos de funcionários públicos, etc.)<sup>397</sup>.

Dito isso, cumpre entender, entre as alternativas dos fundamentos que equiparam a ação da omissão imprópria (depuradas de várias outras), tornando essa última penalmente relevante, qual seria mais adequada.

Para essa resposta no presente trabalho, muitos critérios poderiam ser utilizados, mas parece que o objeto da pesquisa seja o mais confiável ou, ao menos, o com maiores chances de apresentar um resultado confiável. Dito isso, aproximando tudo o estudado com o compliance e considerando que esse se apresenta com elementos de uma realidade eminentemente prática, parece que a identificação da responsabilidade omissiva dos agentes envoltos na tarefa de conformidade passa também por essa característica de identificação empírica e concreta. Assim, parece que no âmbito de atividades de conformidade, a omissão será penalmente relevante – pois isonomicamente equiparável à postura positiva – se ficar demonstrado que, no plano concreto, tinha o agente o domínio real sobre o que gera o resultado lesivo. Entender o contrário seria racionalmente negar o estudado no primeiro capítulo dessa pesquisa e a própria natureza das coisas de como a tarefa de conformidade se

<sup>397</sup> “O critério de fundamentação da posição de garantidor oferecido originalmente por Jakobs tem base puramente normativa e oferece dois vértices para a fundamentação material das posições de garantidores: a responsabilidade por organização da própria esfera de competência e a responsabilidade institucional. Essas responsabilidades fundamentam não só a punibilidade da omissão, mas também da comissão. Quem organiza sua vida de certa maneira, tem o dever de cuidar para que de seu âmbito de competência não advenham efeitos externos danosos a outras esferas de organização (ou seja, no âmbito de vida de outras pessoas), isso vale para o próprio corpo ou para coisas e pessoas no âmbito de competência (influência) do agente. Essa expectativa dos demais cidadãos é derivada do neminem laedere, que impõe deveres negativos, ou seja, deveres de não ingerência em esferas jurídicas alheias. Esse âmbito de organização pode ser definido seja por ações – como é o caso da responsabilidade por vulneração de asseguramento relativamente ao próprio aparato físico (o próprio corpo), ou seja, por meio de uma comissão (matar alguém) - seja por omissões, quando houver frustração do dever de asseguramento. Esse dever decorre do uso do ahente de meios materiais (objetos e pessoas) que possam causar efeitos externos danosos (outputs lesivos) a terceiros – um cachorro bravo, por exemplo. O agente pode interferir em esferas alheias tanto por meio de seu corpo, como por meio do emprego desses meios materiais, do qual decorrem, portanto, deveres de agir para assegurar que perigos derivados desses meios mantenham níveis permitidos, ou, então, se superado esse limiar, que sejam reconduzidos aos níveis permitidos. O descumprimento desse mandado – portanto, uma omissão – também configura responsabilidade penal. [...] A responsabilidade institucional, por seu turno, se dá em âmbitos vitais, ‘de um mundo que, idealmente, há de se configurar em parte conjuntamente, ou seja, de altruísmo – ainda que não necessariamente desinteressado. Neste âmbito há, portanto, deveres positivos, que geram normas de proibição e normas de mandado e, pois, podem ser violados seja por meio de ação ou de omissão. Elas afetam apenas pessoas com um status especial relacionado a instituições básicas para a existência da sociedade como a dos pais (com relação aos filhos), dos cônjuges entre si, de uma confiança especial (no caso da tutela de patrimônio alheio) e de alguns cargos públicos, como a função policial relativamente à segurança pública, a legalidade nas atividades da Administração Pública e na Justiça. Como estas instituições são positivadas no Direito, os deveres não decorrem delas, mas da lei.”. (Idem, p. 90-91).

desenvolve no dia a dia. Interessante observar como, em mais um exemplo, o compliance opera pontos do Direito Penal Econômico a confirmar a autonomia de sua teoria.

Adere-se, assim, à posição de Heloísa Estellita que vê no empirismo da teoria do domínio real seu grande ponto favorável na configuração da responsabilidade penal por omissão dos dirigentes:

O critério do domínio sobre o fundamento do resultado, temperado normativamente, não padece de tais defeitos estruturais, oferecendo respostas mais claras tanto para a pergunta sobre a legitimidade da igualdade da resposta penal, como para aquela relativa à necessária conexão entre desvalor da ação e desvalor do resultado. Assim, se, de um lado, o fundamento normativo das posições de garantidores de vigilância se assenta no binômio liberdade-responsabilidade e das posições de garantidores de proteção em especiais deveres de solidariedade ligados ao desamparo da vítima, em qualquer desses casos é imprescindível uma assunção fática pelo garantidor do compromisso de conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico.<sup>398</sup>

Nessa perspectiva, com o estudo até aqui, caso a abstenção em si considerada não seja prevista em tipo penal (omissão própria), a omissão do agente será relevante para o Direito Penal se, cumulativamente, (i) sua abstenção vier a produzir resultado previsto em conduta tipificada como infração penal; (ii) se pudesse agir, na situação concreta, para evitar a o resultado, de modo que seu *não fazer* é deliberado ou voluntário; (iii) se a sua conduta positiva, caso feita, teria tido o potencial efetivo de evitar o resultado ou teria sido decisiva ou importante para evitar o resultado; (iv) se, em respeito à legalidade, o agente se enquadraria concretamente em quaisquer das situações de dever agir do art. 13, §2º, CP; e (v) se, na perspectiva necessária de igualdade, for possível identificar que, concretamente, o agente tinha o domínio sobre a causa ou o fundamento do resultado seja porque exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação ou seja porque exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento, motivações essas que empiricamente serão capazes de equiparar o desvalor e a potencialidade lesiva da omissão ao desvalor e à potencialidade lesiva da ação.

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao estudo da figura do compliance officer para então entender se esse está ou não na posição de garante e, estando, quais as condições

---

<sup>398</sup> Idem, p. 94-95.

que induziriam sua possível responsabilização penal por omissão. Em outra perspectiva desse raciocínio, passa-se ao estudo de como o compliance operacionaliza a responsabilidade penal por omissão exemplificando mais uma vez a Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma.

Pois bem, a figura do compliance officer é fundamental na execução da tarefa de conformidade, dentro do já dito sobre a necessidade e importância de desenvolvimento de um programa de integridade ou de compliance enquanto mecanismo por meio do qual todos os principais fundamentos do compliance são estruturados. Como dito anteriormente (item 1.6 da pesquisa), é por meio do programa de integridade que a organização implementa padrões que são significantes para sua própria existência e sucesso, se autorregulando a partir desses padrões (autorregulação), bem como estabelece e adota os mecanismos que, de forma coerente, contínua e integrada, se retroalimentam em prol da criação e manutenção de um ecossistema virtuoso e próprio da organização em prol da tarefa de conformidade (regulada).

Também como já tratado, dentro dos principais pontos que perfazem esse programa e que vocacionam a organização para um compliance real, está a estruturação e área interna destinada ao desenvolvimento do programa, da tarefa de conformidade e dos mecanismos de compliance, em especial sua institucionalização e atualização, direcionamento de comunicação e treinamento, instauração das apurações necessárias, endereçamento da aplicação de sanções se for o caso, etc. Os compliance officers são os profissionais atuantes com essa função na área de compliance ou em outros departamentos caso a área não tenha autonomia estrutural. Assim como o tema do compliance em si, ganharam cada vez mais importância justamente pela necessidade de especialização e dedicação interna em relação à tarefa de conformidade<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> “Compliance Officers rapidamente ganharam importância nos últimos anos com a preocupação de dirigentes sobre a exposição de suas empresas em termos de riscos legais e regulatórios, devido ao aumento das ameaças legais, multinacionais, agências reguladoras e regulações. Essa nova função surge com o propósito de injetar mais controles proativos no dia a dia das operações de negócios e assegurar que as empresas cumpram com as regras pertinentes. São especialistas em aplicar leis, assim como os profissionais dos tradicionais setores jurídicos, mas se concentram mais na implementação das regras relevantes no dia a dia da empresa, que vão além da lei, dando atenção à ética, políticas internas e responsabilidade social, assim como o interesse dos stakeholders, concentrando sua atuação em se certificar que as operações, empregados e mesmo diretoria estão em consonância com as regras. Como se trata de uma função nova, há ainda uma carência na definição de suas atividades e, desde a década de 1990, esforços são feitos na tentativa de melhor moldar a atuação e definir regras gerais de atividade. [...] Tendo em vista que atualmente, cada vez mais, a existência ou não de um efetivo programa de Compliance tem tido um papel importante na responsabilidade tanto da própria empresa quanto de seus dirigentes, e que quebras de Compliance podem resultar em severas consequências negativas na mídia e opinião pública, os conselhos de administração e diretoria têm procurado atribuir as matérias legais e de Compliance a experts da área, concentrando, assim, suas ações nas decisões estratégicas, planejamento,

Aprofundando no nível de detalhe, como bem expõe Pedro Dassan em monografia dedicada ao tema, as competências do compliance officer se estrutram nos pilares fundamentais da prevenção, detecção e informação e que esses vão informar todas as três etapas do trabalho do profissional (desenho do programa de compliance, sua implementação e o controle interno). Diz o autor inclusive já projetando possíveis responsabilizações jurídicas:

As competências do Compliance Officer estão assentadas em três pilares fundamentais: prevenção, detecção e informação, que vão alicerçar a atuação do Compliance Officer ao longo das três etapas do programa de cumprimento: o desenho do programa; a implementação do programa; o controle interno. O desenho do programa por parte do Oficial de Cumprimento deve, via de regra, ser aprovado pela Administração da empresa e deve satisfazer os estándares de qualidade impostos pela legislação do setor e pelas normas técnicas respectivas. As duas tarefas principais nessa etapa é a avaliação dos riscos que estão ligados à atividade da empresa e o consequente estabelecimento das políticas e procedimentos internos, os códigos de conduta, códigos éticos, controles organizativos entre outros. Para um apropriado desenho do programa, é imprescindível a atenção ao ordenamento jurídico, tanto com eventuais legislações que ditam a necessidade de se implementar o programa com suas respectivas diretrizes, quanto com as chamadas “big nine” – principais legislações de interesse empresarial. Nesta etapa a responsabilidade jurídica recai na qualidade do desenho e sua adequação com as exigências normativas. Haverá uma eventual responsabilidade do Compliance Officer que propor à administração da empresa um programa inidôneo para os fins de Compliance e este programa for aprovado com base no princípio da confiança. Entretanto, esta etapa é mais sensível para a responsabilidade do próprio empresário pelos deveres de garante residuais da delegação por uma eventual má escolha do delegado. A implementação do programa pelo responsável, por sua vez, consiste na realização do programa desenhado, assegurando sua aplicação na organização para proporcionar o devido cumprimento por todos os colaboradores da empresa. O Compliance Officer

---

marketing, vendas e assuntos financeiros, envolvendo-se reativamente em casos de crise.” (DASSAN, Pedro Augusto Amaral. A posição de garante no contexto empresarial: contribuindo ao estudo da responsabilidade do Compliance Officer, 2017, 136f, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 42-43 Disponível em: [https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84041/1/Texto\\_final.pdf\\_01.02.2020\\_Acesso\\_em\\_27.12.2020](https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84041/1/Texto_final.pdf_01.02.2020_Acesso_em_27.12.2020)); “Compliance officers began to appear in the business world in the early 1970s, but until the mid-1980s the profession of an “ethics officer” did not exist (Treviño/Nelson 2007: 316). From them on their number has increased constantly. After the first scandals of the 1990s and those at the beginning of the 21st century, many large companies hired these high-level executives particularly because the 1991 Guidelines encouraged organizations to appoint ethics and compliance officers and adopt programs. Due to the new laws and regulations with which businesses were faced, the complexity of ethics and compliance tasks increased, leading senior management teams to create ethics and compliance positions in their corporations. Hence a new “compliance profession” emerged (Parker 2000: 339). Appointing an individual to provide strategic and operational leadership within the organization is one of the important elements of an ethics and compliance program. Even though these individuals have been given many different titles, they are in general referred to as ethics and/or compliance officers (Weber/Fortun 2005: 97; Murphy 2002: 710). This title is usually used and understood across business organizations. The major task of an ethics and compliance officer is to pull matters such as legal compliance, ethical conduct, and corporate social responsibility together for the benefit of the organization. In short, an ethics and compliance officer should oversee all aspects of the organizational ethics and compliance program; this means that the appointed individual must set standards for appropriate behavior, effectively communicate these standards, and monitor and ensure that all employees and senior management follow them.” (WULF, Katharina. op. cit., p. 58).

deve liderar os processos e atividades desta etapa geralmente consistentes na difusão das políticas internas da empresa, códigos de conduta e ética, entre outros, juntamente com a formação e capacitação dos empregados da instituição, de maneira a inculcar os valores da empresa, as normas que são de aplicação à organização, o conhecimento dos riscos e como lidar com eles por parte de todos. Neste contexto, a responsabilidade jurídica do Compliance Officer será derivada da implementação inadequada dos processos de identificação, controle, relatório e evitação dos riscos implicados na produção, bem como pela inadequada capacitação dos empregados ou deficiente implementação de sistemas de detecção e análise de riscos. Por fim, o controle interno, consistente na função de exercer o controle por parte do Compliance Officer do cumprimento na empresa, por todos os colaboradores, das normas desenhadas e implementadas, identificando as infrações com a finalidade de evitá-las ou reportá-las. Esta etapa consiste em diversas atividades que são exercidas justamente para o devido monitoramento e fiscalização do dia-a-dia da empresa com o fito de detectar e impedir fatos ilícitos, como por exemplo inspeções periódicas nos departamentos internos da empresa, canais de denúncia interna (whistleblowing), canais com o consumidor, entre outros. Ainda, de suma importância os devidos processos de investigação e sanção interna e relatório aos superiores com o plano anual do programa de Compliance, informes periódicos e informes específicos e de emergência. A responsabilidade jurídica nesta conjuntura é mais sensível ao Compliance Officer, pois, embora exista um adequado desenho e implementação do programa de maneira geral, uma falha nas atividades de controle pode implicar na infração dos deveres de controle e vigilância do Compliance Officer em casos particulares. Essa responsabilidade consiste em não evitar a comissão de um fato ilícito concreto levado a cabo pelos órgãos e empregados sujeitos a controle. Assim, o Compliance Officer pode ter a competência e o dever de deter ou evitar fatos delitivos, com a posterior consulta à direção da empresa; ou, não tendo tal dever, com a identificação de tais fatos deve reportá-los imediatamente aos superiores para que estes tomem as medidas cabíveis para sustar o feito.<sup>400</sup>.

Dito isso, em razão dessas funções e por regimes de delegação e assunção, recebe o compliance officer os chamados deveres de vigilância<sup>401-402</sup>. Ou seja, as funções práticas de

<sup>400</sup> DASSAN, Pedro Augusto Amaral. op. cit., p. 112-113.

<sup>401</sup> “Os deveres originários de vigilância na empresa, como visto, incumbem a seus administradores e os critérios para determinação de suas posições de garantidores e para a delimitação do conteúdo e da abrangência de seus deveres de garantidores procuramos indicar da forma mais aproximada possível nas páginas anteriores, referindo-nos aos administradores de sociedades por ações e de sociedades limitadas. Como esses deveres podem ser por eles diretamente exercidos ou, então, podem ser delegados, constituindo-se novo garantidor de vigilância na empresa com a atribuição de detectar e prevenir a prática de crimes a partir dela [...]. Trata-se do tema tão em voga dos sistemas de compliance e da designação de uma pessoa encarregadas dessas tarefas, o compliance officer (adiante, tão somente o CO). [...] O CO nada mais é do que uma pessoa encarregada de zelar pela observância das normas e procedimentos dentro da empresa, incumbindo-lhe a vigilância de práticas ilícitas – não limitadas às penais – ou mesmo antiéticas por seus integrantes contra a empresa mesma ou contra terceiros, a ela externos. [...] Qualquer área de atuação da empresa pode ser submetida ao desempenho de vigilância dos garantidores em uma só pessoa ou grupo de pessoas.” (ESTELLITA, Heloisa. op. cit., p. 209-210).

<sup>402</sup> “Uma falha de Compliance na empresa pode significar uma falha pessoal e profissional para um Compliance Officer, e os sujeitos que ostentam este cargo no mundo todo estão cada vez mais preocupados sobre sua exposição a uma responsabilidade pessoal. Essa responsabilidade inicialmente vem de uma ideia de que os

desenho, implemento e controle interno do programa de compliance a ele transferidas e por ele assumidas traduzem-se no dever de vigiar as atividades da organização que integra, devendo, por função e em tese, detectar e prevenir situações da organização que gerem risco ou dano a bens jurídicos tutelados de terceiros<sup>403-404</sup>.

O empresário delega a função de coordenação e execução para determinados sujeitos responsáveis por setores específicos da empresa como, v.g., setor financeiro, de produção, de marketing, recursos humanos, etc. Logo, o delegado passa a ter o domínio sobre seu respectivo setor, com o devido dever fundamentado neste domínio. O empresário, por sua vez, tem seu âmbito de domínio modificado, passando a deter um dever de vigilância e controle das atividades dos delegados. Após este primeiro mecanismo de delegação pelo empresário, este novamente volta a delegar seus deveres de vigilância e supervisão, agora para o responsável pela função de Compliance. Tem-se, assim, uma nova modificação de âmbitos de domínio, onde o empresário passa de um dever de supervisão ativo (que o vinculava a atividades de vigilância e controle sobre os delegados) para ostentar um dever de supervisão passivo (consistente em manter certo grau de comunicação com quem agora executa materialmente as tarefas de vigilância e controle, com a consequente reação nos casos em que lhe é comunicado uma situação de perigo em que tem que atuar). Em síntese, e recapitulando: o empresário ostenta uma posição de garantia diante do seu domínio sobre a causa do resultado, pelo domínio sobre as coisas e procedimentos perigosos que podem decorrer do desenvolvimento da atividade da empresa, e pelo seu poder de mando sobre os subordinados. Para viabilizar a atividade fim de seu empreendimento, o empresário não apenas pode, como deve delegar funções internamente para outros sujeitos, e assim o faz, delegando a coordenação e execução de tarefas em diferentes ramos intraempresariais, reconfigurando seu âmbito de domínio e deveres dele derivados para o de vigilância e

profissionais de Compliance têm um conhecimento maior sobre os regulamentos e sua aplicação nos negócios da empresa, reconhecendo as violações mais rapidamente e sabendo como agir apropriadamente. Igualmente, estes profissionais têm uma relação periódica com as agências reguladoras e uma eventual falha na comunicação sobre problemas pode sugerir uma retenção de informações [...] A pertinência de se discutir a responsabilidade do encarregado pelo setor de Compliance ganha relevo pelo fato de que este recebe uma função de monitoramento de atividades ilícitas internas justamente dos sócios e/ou administradores da empresa. Estes delegam determinadas funções àquele. Há um substrato lógico-formal decorrente dessa delegação funcional e um substrato material do envolvimento do sujeito com uma tarefa ligada ao controle de atividades que podem ser contrárias à ordem jurídica que justificam um questionamento acerca da posição jurídica assumida por este delegado.” (DASSAN, Pedro Augusto Amaral. op. cit., p. 46).

<sup>403</sup> “Se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión: una dimensión *ad intra*, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa, que hace del administrador un garante de protección (*Beschützergarant*); y una dimensión *ad extra*, orientada a la evitación de resultados lesivos que produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa, en cuya virtud el administrador aparece como un garante de control (*Sicherungs*).” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Deberes de vigilancia y compliance empresarial *In* KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina [coords]. *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 79-104, p. 80).

<sup>404</sup> “El responsable de tareas de prevención o detección de delitos asume del empresario algunas de las funciones integrantes de la posición de garante de éste: – por una parte, deberes de control de la peligrosidad de la actividad empresarial; – pero sobre todo, deberes de supervisión y vigilancia de la actividad de otros.” (GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica *In* ZAPATERO, Luis Arroyo. MARTÍN. Adán Nieto [coords.]. *El derecho económico en la era compliance*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2013, p. 165-190, p. 176).

controle dos delegados. Após, ainda pode delegar este mesmo dever de vigilância e controle “residual” para o responsável pelo Compliance.”<sup>405</sup>

Assim, essas funções práticas de desenho, implemento e controle interno do programa de compliance competem originalmente aos empresários, mas esses atribuem ao compliance officer tal papel<sup>406</sup> por necessidade imposta, no cenário contemporâneo, de exercer e otimizar a tarefa de conformidade transferida pelo Estado. Com isso, do ponto de vista racional, passa a ser possível o questionamento de saber se esse profissional, em tese, pode ou não ser responsabilizado penalmente por omissão imprópria. Como pondera Jesús-Maria Silva Sánchez:

La implantación de un compliance program eficaz ex ante tiene, de entrada, un efecto de exclusión de responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica. Pero estos, en todo caso, siguen ostentando la obligación de gestionar, si bien a través de terceros, dicho compliance program. Una gestión defectuosa del programa puede generar, por tanto, responsabilidades penales conforme a reglas generales. Ahora bien, por otro lado es cierto que la implantación de compliance programs hace surgir nuevas posiciones de deber para personas físicas. Pues tales programas contienen controles que deben ser asignados precisamente a personas físicas. Así, es cierto que para estas personas surgen nuevos deberes, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad penal. Este es el caso, entre otros, de los *compliance officers* [...] Como delegado de vigilancia, al compliance officer le corresponderá a gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento en cuanto a la obtención de conocimiento; y la transmisión de la información obtenida a sus superiores, a fin de que se corrijan las conductas defectuosas o los estados de cosas peligrosos constatados<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> DASSAN, Pedro Augusto Amaral. op. cit., p. 105.

<sup>406</sup> “En la actividad empresarial por lo general los deberes de garante que entran en consideración competen originariamente al empresario, ya sea individual o societario. Es el empresario quien construye, quien fabrica, quien organiza el transporte de pasajeros o mercancías, quien comercia- liza, etc. y quien obtiene lucro empresarial por ello. Esta libertad de organización empresarial trae como necesario correlato el deber de velar por que la actividad de la empresa no dañe bienes jurídicos ajenos. [...] Sin embargo, esas tareas no son realizadas por él directamente sino de modo mediato: son delegadas en otras personas para su realización. Y junto con la tarea, es delegada también buena parte de la responsabilidad por su ejecución, convirtiendo al delegado a su vez en garante. Así: – Las personas a su servicio realizan concretas tareas para la realización de dichas actividades, en la medida en que se deleguen sobre ellas, y asumen también el deber de evitar que su ejecución dañen a terceros —deber de garante secundario—, pero los deberes originarios corresponden al empresario (hablamos en ambos casos de deberes de garante de control de focos de peligro). – Asimismo, esas personas pueden ser encargadas de cuidar intereses que han sido delegados en el empresario. Así, el colegio asume el cuidado de los niños durante su estancia en él, y delega en los concretos profesores (en el maestro, en el profesor de educación física, en los cuidadores del comedor, etc.) dicho cuidado (deberes de garante de protección de un bien jurídico).” (GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit., p. 169-170).

<sup>407</sup> Idem, p. 103-104

Interessante observar que essa delegação, ao contrário do que pode sugerir uma leitura mais rápida e superficial do fenômeno, não exime os empresários ou administradores delegantes da possibilidade de responsabilidade, mas essa se transforma de acordo com a nova divisão de tarefas de vigilância gerada com a delegação<sup>408</sup>. Assim, há, no mínimo, o compartilhamento da posição de garante ao compliance officer e a transformação dessa posição de garante do delegante, que embora não esteja mais no controle direto dos focos de risco, mantém uma série de deveres acessórios, tais como a correta seleção e formação dos profissionais envolvidos na tarefa de conformidade, a garantia de que esses terão os meios necessários para execução dos deveres que lhes incumbem, etc.<sup>409</sup>.

Dito isso, a resposta pela possibilidade ou não da responsabilização penal por omissão do compliance officer parece estar na identificação concreta e concomitante de todos os critérios vistos. Nessa perspectiva e em busca de algumas respostas, parece igualmente válido estudar cada um desses pressupostos no contexto do exercício das funções desse profissional, ainda que não responda a todas as situações no plano concreto, sobretudo porque é matéria de necessária verificação casuística e empírica.

O primeiro pressuposto visto é o fato de a abstenção do agente produzir resultado previsto em conduta tipificada como infração penal. É preciso que a conduta praticada por alguém vinculado à organização em que o compliance officer exerce suas funções reúna todos os elementos necessários à caracterização de tal fato como infração penal.

Aqui parece que os principais pontos de discussão, para identificar se a premissa está caracterizada, estão na própria identificação dos elementos de caracterização da infração

<sup>408</sup> “Con la delegación el empresario no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Así, los que eran deberes de control y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado. [...] Esto nos lleva a formular una bipartición de los deberes residuales de vigilancia: – Deberes de supervisión activa: exigen del delegante la realización de tareas activas de supervisión (investigación, inspección, etc.) de modo ordinario y periódico. – Deberes de supervisión reactiva: sólo exigen del delegante una reacción si aparecen indicios de que está teniendo lugar una situación ante la que está obligado a reaccionar. Por lo general, implican asimismo el deber de recibir reporte periódicamente.” (GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit., p. 172).

<sup>409</sup> “Establecida dicha posición de garantía originaria, se suele considerar por la doctrina – con los matices antedichos – el fenómeno de la delegación de competencias. [...] Debe entenderse que la delegación de competencias constituye un mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia porque, en virtud de la delegación, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. Transformación, porque la posición de garantía del delegante no desaparece, sino que se transforma. En virtud de dicha transformación, la posición de garantía del delegante pasa a verse como secundaria o residual. Al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos de riesgo que se hallan en el ámbito de competencia del delegado. Pero sí le incumbe una serie de deberes con objeto diverso: la correcta selección, formación – si fuera precisa – e información del delegado; la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diversos delegados; y sobre todo – al menos, eso es lo que suele indicarse – el deber de vigilancia.” (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Deberes..., p. 81).

penal a partir da teoria do crime, para saber se a conduta típica está ou não presente. E esse é um raciocínio que deve se dar, inclusive, de forma prévia à avaliação da responsabilidade do compliance officer.

Por exemplo, se para caracterização do fato como crime for exigida uma postura dolosa por parte do colaborador da organização e tal dolo não vier a ser caracterizado, ceifa-se a premissa de discussão se o compliance officer é ou não responsável<sup>410</sup>. Basta pensar no exemplo do crime de corrupção ativa (art. 333, CP) que exige o dolo do agente que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público. Ausente essa condição, não se fala em crime de corrupção ativa e, muito menos, em responsabilidade penal por omissão do compliance officer. A mesma lógica parece se aplicar quanto aos outros elementos necessários à caracterização da infração penal, tais como antijuridicidade e culpabilidade. A discussão da omissão do profissional de compliance está em dar ou não causa ao resultado, esse mesmo resultado precisa estar necessariamente associado à caracterização da infração penal.

Como segundo pressuposto, é importante que, concretamente, estejam reunidas as condições aptas a demonstrar que o compliance officer poderia agir para evitar o resultado. Sua função e os deveres por ele assumidos, pura e simplesmente, não o tornam responsável pela omissão de forma automática, é necessária a verificação do *não fazer* deliberado ou minimamente voluntário, o que apenas pode ser analisado na casuística.

Assim, não seria, *a priori*, responsável penalmente por omissão o compliance officer que estivesse ausente de suas funções e sem a expectativa de qualquer monitoramento das fontes de risco, como nos exemplos objetivos do compliance officer internado em hospital sem qualquer função cognitiva ou do compliance officer, contratado sob regime CLT, em período de férias. A depender do regime de trabalho, existindo a expectativa concreta de monitoramento da fonte de risco – mesmo que o profissional esteja ausente – a possibilidade de sua atuação para evitar o resultado pode ser cogitada, como em alguns casos relacionados ao *chief compliance officer*, em que seu alto posto na organização pode gerar a expectativa dessa natureza de forma perene.

Utilizando o mesmo exemplo da corrupção ativa, imagine-se que durante o período de férias do compliance officer contratado sob regime CLT, iniciem conversas por e-mail

---

<sup>410</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Deberes..., p. 104.

entre área da organização e determinado agente público. Ainda não houve o oferecimento ou a promessa da vantagem. Um dos colaboradores da área, em cópia na cadeia de e-mails, discordando do teor do diálogo, encaminha como denúncia para o e-mail do compliance officer. Esse, de férias, não monitora ou acessa sua caixa de e-mail, inclusive tendo configurado avisos automáticos de sua ausência. Se a vantagem vier a ser oferecida, caracterizando o crime do art. 333, CP, parece claro que o compliance officer não poderia evitar o resultado.

Outro ponto importante da identificação do *poder agir* do compliance officer está diretamente atrelado à dinâmica de delegação. Como visto, os empresários ou administradores delegantes conservam, com si, deveres acessórios à função de controle de riscos, entre eles o de garantir que os profissionais de compliance terão os meios necessários e um ecossistema profícuo para que exerçam suas funções. Se, concretamente, ficar demonstrado que o compliance officer quis agir para evitar o resultado, mas não estava dotado dos meios necessários para que pudesse atuar nesse sentido, sua responsabilidade penal por omissão pode vir a ser afastada.

Pensando em ecossistema, imagine-se o exemplo em que o compliance se apresenta de modo meramente formal, sem o comprometimento da alta administração na apuração e sanção de condutas inadequadas ou, ainda, sem a existência de estruturas de governança aptas respaldar a tarefa de conformidade (estruturação que depende, decisivamente, dos administradores do negócio). Se, nesse cenário, o risco estiver associado à função de alguém da alta administração e o compliance officer reportar isso aos pares daquele e eles nada fizerem ou não tiver à sua disposição um canal independente (um conselho de administração, por exemplo), parece ter feito o que podia, nesse contexto, para tentar evitar o resultado.

Na mesma linha, como terceiro pressuposto, é preciso identificar se um atuar positivo do compliance officer, no caso concreto, teria tido o potencial efetivo de evitar o resultado ou se seria decisivo ou importante para tanto. Apenas é penalmente relevante um *não fazer* se o *fazer esperado* tinha o real potencial de evitar o resultado.

O contexto da criminalidade econômica ambiental parece trazer um exemplo interessante desse raciocínio. Vale pensar, assim, na situação em que a decisão ou não por seguir com determinado empreendimento, que coloca em risco área de proteção permanente e mesmo a comunidade do entorno, passa pela necessária emissão de parecer técnico de

engenheiros da organização atestando a confiabilidade dos meios de construção utilizados. Nesse exemplo, imagine-se que o compliance officer poderia emitir recomendação de que fosse consultada uma empresa de engenharia ambiental independente a confirmar ou refutar a confiabilidade. Duas situações são possíveis. Se, na realidade e estrutura de governança da organização e em experiências anteriores similares, a posição do compliance officer foi considerada, sua recomendação (postura positiva) poderia ser decisiva a evitar o resultado. Logo, sua não emissão de recomendação (*não fazer*) pode ser considerada uma omissão relevante. Diferentemente, porém, se recomendações anteriores do profissional nunca foram consideradas, de modo que sua recomendação nada alteraria o cenário, parece que o seu eventual *não fazer*, nesse segundo caso, não pode ser relevante do ponto de vista penal.

Como quarto pressuposto, em respeito pleno à legalidade do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso saber se o compliance officer, na apuração concreta de sua responsabilidade, se enquadra ou não em quaisquer das situações de dever agir do art. 13, §2º, CP. Como visto: (i) possuía por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (*alínea a*); ou (ii) assumiu de outra forma a responsabilidade de impedir o resultado (*alínea b*); ou (iii) criou o risco da ocorrência do resultado com o seu comportamento anterior (*alínea c*).

Pois bem, a menos que evoluamos para a existência de previsão legislativa que traga o dever de cuidado do compliance officer<sup>411</sup> e deixando o tema da hipótese de criação do risco para parágrafos seguintes, o dever de agir desse profissional está vinculado a esse ter assumido, de forma voluntária, uma série de atividades de conformidade que lhe foram delegadas, conforme já explicado<sup>412</sup>. Essa assunção se dá “por meio de contrato ou outro ato formalizado e pode, ainda, constar de documentos de gestão da empresa, como um organograma. O contrato (válido) é o meio ideal de delegação de funções e deverá explicitar o âmbito das tarefas e deveres do delegado. Isso não impede que a delegação seja feita de fato,

<sup>411</sup> Nesse ponto, cumpre a ressalva da Resolução do CMN nº 4.595/2017 que dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, já mencionada em outras oportunidades do trabalho. Seu conteúdo pode, a depender da perspectiva, significar a obrigação legal do compliance officer atuante nas instituições às quais é aplicada tal resolução.

<sup>412</sup> “A delegação constitui novo garantidor. É o caso clássico de posição de garantidor por assunção, prevista expressamente no art. 13, §2º, b, do CPB. E como em toda assunção, ela só se conforma quando o delegado passa a exercer a atividade assumida, com o que deixa o delegante de praticar pessoalmente as funções e tarefas que delegou. [...] É essa ideia de assumir o exercício de um feixe de atividades e deveres com o correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades delegadas, que fundamenta a constituição da posição de garantidor no delegado, que recebe, assim, os deveres de proteção e/ou vigilância e controle inerentes às atividades e funções assumidas. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário). No âmbito das estruturas verticais, pois, o fundamento da constituição de garantidores por excelência é a assunção.” (ESTELLITA, Heloísa. op. cit., p. 148).

com a atribuição informal de tarefas e deveres a outros membros da empresa. É evidentemente recomendável, porém, que seja formalizada.”<sup>413</sup>.

Assim, essa assunção do dever de agir para evitar o resultado do compliance officer não é simplesmente presumida ou aferida apenas a partir da denominação da função, é fundamental entender as estruturas formais e práticas da realidade da organização. É preciso compreender se o profissional assumiu, conscientemente, o dever de agir para evitar o resultado danoso relacionado à infração penal cuja responsabilidade por omissão se discute<sup>414</sup>. O dever de agir para evitar o resultado, assim, é aferido da leitura somada dos documentos formais da organização (contratos válidos, documentos de gestão, organogramas, e-mails comumente trocados, etc.) e da ciência do compliance officer dos deveres assumidos a partir desses mesmos documentos. Inclusive, sobre a necessidade da delegação clara e explícita dos deveres, pondera Heloísa Estellita:

Os deveres originários de vigilância na empresa, como visto, incumbem a seus administradores e os critérios para determinação de suas posições de garantidores e para a delimitação do conteúdo e da abrangência de seus deveres de garantidores procuramos indicar da forma mais aproximada possível nas páginas anteriores, referindo-nos aos administradores de sociedades por ações e de sociedades limitadas. Como esses deveres podem ser por eles diretamente exercidos ou, então, podem ser delegados, constituindo-se novo garantidor de vigilância na empresa com a atribuição de detectar e prevenir a prática de crimes a partir dela [...]. Trata-se do tema tão em voga dos sistemas de compliance e da designação de uma pessoa encarregadas dessas tarefas, o compliance officer (adiante, tão somente o CO). [...] O CO nada mais é do que uma pessoa encarregada de zelar pela observância das normas e procedimentos dentro da empresa, incumbindo-lhe a vigilância de práticas ilícitas – não limitadas às penais – ou mesmo antiéticas por seus integrantes contra a empresa mesma ou contra terceiros, a ela externos. [...] Qualquer área de atuação da empresa pode ser submetida ao desempenho de vigilância dos garantidores em uma só pessoa ou grupo de pessoas. [...] Os deveres originários de vigilância na empresa, como visto, incumbem a seus administradores e demais dirigentes. São aqueles que têm competência, portanto, para exercer diretamente tais deveres ou atribuí-los a uma pessoa ou grupo de pessoas dentro da empresa, o que se sói denominar, na linguagem corrente, de setor de compliance e, seu encarregado, de

<sup>413</sup> Idem, p. 148-149.

<sup>414</sup> É o caso, do exemplo apresentado por Jacobo Gómez-Aller, em que o compliance officer é responsável pela gestão de canais de denúncia internos: “El establecimiento y gestión de canales de denuncia eficaces e instrumentos de protección de los denunciantes cívicos (whistleblowers), así como los protocolos de investigaciones internas ante indicios de delito, constituyen una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento interno y prevención de delitos. Por ello, quienes ocupan puestos de responsabilidad en relación con la función de cumplimiento interno se encuentran en una posición de deber especial que debe ser analizada con detenimiento. Cabe ya avanzar que bajo ciertas circunstancias, la omisión del responsable de cumplimiento en este punto (omisión de los deberes de investigación o reporte) puede acarrear responsabilidad penal. Por ello, la tarea de recepción y gestión de denuncias internas constituye probablemente uno de los ámbitos de mayor riesgo legal para los compliance officers.” (GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. op. cit., p. 179-180).

compliance officer, ou, encarregado de vigilância. [...] Parece-nos necessário distinguir entre quatro possibilidades principais de conformar a função do encarregado de vigilância, as quais, por suas diferenças, apontam também para respostas possivelmente diversas quanto à questão de sua posição de garantidor. A chave para as respostas parece estar, para uns, no poder direutivo, para outros, como sustentamos ao longo deste trabalho, no reconhecimento (ou não) de uma relação juridicamente fundada de controle por parte do agente, ademais faticamente assumida, sobre uma parcela dos processos empresariais dos quais podem advir perigos para bens jurídicos de terceiros ou da coletividade. Em quaisquer um desses casos, é condição necessária – mas não suficiente – para a delegação de deveres de vigilância que seja feita de forma clara e explícita, preferencialmente no contrato de trabalho ou na *job description* compreendendo o encarregado o feixe e a amplitude dos deveres que assume. A ulterior condição da assunção de fato dessa função, como visto, é o ponto fulcral da assunção da posição de garantidor por delegação do CO<sup>415</sup>.

Na mesma linha, diz Pedro Dassan:

Embora haja uma tendência a um aumento de legislações que requerem a implementação de um programa de Compliance, estabelecendo, inclusive, diretrizes gerais de como deve se dar tal programa, ainda há uma grande variação de seu funcionamento no cenário empresarial. Essa realidade reforça a necessidade de se formalizar todo o mecanismo de delegação do empresário para o responsável de Compliance, devendo documentar a qualificação do delegado, os recursos que o delegado terá para o exercício de suas funções, todas as competências, funções, atividades a serem exercidas, a quem e como irá reportar as atividades e situações de riscos, como será realizada a supervisão do delegado pelo delegante e o consentimento do delegado assumindo seu novo âmbito de domínio. Não se trata de buscar o fundamento da posição de garantia em uma fonte formal, mas é essa formalização que pode servir de norte para a devida verificação do fundamento material do dever de garantia. É com a normativa, estatuto, contratos, entre outros documentos da própria empresa que se pode fazer uma análise do âmbito de domínio de cada colaborador, sempre com a ciência de que o mais importante é a verificação da materialidade do domínio exercido no caso concreto<sup>416</sup>.

Ainda, parece interessante a discussão sobre a possibilidade ou não do compliance officer gerar o risco ao bem jurídico penalmente tutelado e por isso ter o dever de agir (art. 13, §2º, c, CP). Nessa situação, como visto anteriormente, o agente gerou um risco a determinado bem jurídico tutelado ou potencializou um risco já existente. Após e em razão disso, o agente

---

<sup>415</sup> Idem, p. 209-215.

<sup>416</sup> DASSAN, Pedro Augusto Amaral. op. cit., p. 107-108.

passa a ter a incumbência de impedir que o risco criado ou agravado venha a se concretizar e efetivo dano a terceiro.

Aqui parece, do ponto de vista racional, também poder se cogitar da responsabilidade por omissão do compliance officer. Se a função do profissional é potencializar a tarefa de conformidade, a falha nessa função, de acordo com circunstâncias concretas, pode significar, *a contrario sensu*, a potencialização da desconformidade. Considerando que a infração penal e o resultado danoso a bens jurídicos tutelados são situações claras de desconformidade, racionalmente é possível se concluir que um trabalho defeituoso do compliance officer também pode significar, a sempre depender da aferição concreta dos fatores, implica a geração e sobretudo a potencialização do risco (art. 13, §2º, c, CP). As atividades empresariais, por si, já geram risco a bens jurídicos. A existência de um programa de compliance falho, com a participação decisiva do compliance officer nesse insucesso, pode sim significar a potencialização de um risco já existente. Claro, porém, que essa discussão parece ter poucas implicâncias práticas, pois a omissão relevante já estaria associada à assunção da função (*alínea b*).

Por fim, como quinto pressuposto, na perspectiva necessária de igualdade, é preciso identificar que, concretamente, o compliance officer exercia de alguma forma o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, pois sua posição de garantidor gerou deveres de salvação ou porque exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado. A partir da posição já outrora adotada nessa pesquisa, considerando que a atuação do compliance officer é eminentemente prática, de modo que sua omissão será penalmente relevante se ficar demonstrado que, no plano concreto, tinha o domínio real sobre o que gera o resultado lesivo. Tinha a condição prática de “salvar a situação” por sua posição de garante, de evitar que a infração penal (desconformidade) fosse praticada e essa certeza deve ser aferida a partir do conjunto probatório formado.

Estudados todas essas questões, parece que fica confirmada a hipótese inicial de que o estudo da responsabilidade penal por omissão em relação aos profissionais de compliance, em especial o compliance officer, assume contornos de maior complexidade do que as demais situações do estudo do tema associadas ao que tem se chamado nessa pesquisa de Direito Penal Geral, como nos exemplos. Tanto no plano da teoria quanto no plano da identificação prática das situações, a compreensão da responsabilização do compliance officer é mais complexa, exigindo um estudo mais dedicado de cada um dos seus elementos pressupostos.

As complexidades inerentes às atividades econômicas empresariais, seio no qual se desenvolve a criminalidade econômica, também aqui se aplicam.

Assim como nos demais casos estudados, não dá para dizer que a responsabilidade penal por omissão do compliance officer é completamente diferente ou que seus elementos são distintos daqueles aplicados aos casos não pertencentes à realidade da atividade empresarial. Porém, em contrapartida, é possível dizer que o tema, na atuação desse profissional, assume novo perfil, com um conteúdo de verificação concreta muito mais complexo e com o entendimento, em certa medida, diferente dos seus pressupostos.

Por exemplo, tanto nos casos em que a babá se omite e a criança vem a falecer e do segurança da loja que deliberadamente não evita o furto como no caso do compliance officer o dever de agir e o poder de agir (dois dos elementos de responsabilização, como visto) deverão verificados enquanto premissas dogmáticas comuns. Porém, certamente dentro do visto, a identificação do conteúdo concreto do dever de agir e do poder de agir no caso prático em relação ao compliance officer será uma tarefa muito mais complexa que, *a priori*, nos demais casos mencionados.

Nessa perspectiva, o tema reafirma a autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico da proposta. E o que o faz é a realidade e dinâmica do compliance, de modo que esse apresenta, ao que parece, mais um exemplo de operacionalização a confirmar a dita autonomia.

## CONCLUSÕES

Como sinalizado na introdução da presente pesquisa, essa pesquisa teve início e se justificou a partir da reunião de vários incômodos racionais decorrentes do estudo do compliance, da criminalidade econômica e da possível relação entre eles, dado que fenômenos coexistentes na contemporaneidade.

Os problemas científicos decorrentes de tais raciocínios, se resumiam em buscar saber: (i) se existia relação entre o compliance e o Direito Penal Econômico; (ii) como essa relação se manifestaria, se existente; (iii) se a Teoria Jurídica de Direito Penal Geral, por assim dizer, seria suficiente para confortar dogmaticamente os fenômenos econômicos – inclusive o compliance – ou se faria necessária uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma em relação ao Direito Penal Geral; (iv) em sendo justificada uma teoria autônoma, como essa autonomia se manifestaria; e (v) existindo relação com o compliance, se essa relação também ajudaria a justificar, confirmar, explicar e operacionalizar a teoria autônoma de certa forma.

Nessa perspectiva e na tentativa de encontrar possíveis respostas a tais problemas, a pesquisa se desenvolveu em quatro capítulos maiores, com os subitens respectivos. Textos em que se buscou a compreensão mais aprofundada de cada um dos temas, permitindo, se em leitura isolada, o entendimento de todos eles. Mas, ao mesmo tempo e sobretudo, procurou-se que, a todo tempo, os itens de pesquisa dialogassem entre si, fornecendo premissas para as presentes conclusões.

Condensando os resultados da pesquisa, a partir do pensar conjunto dos assuntos do compliance e do Direito Penal Econômico, conclui-se com a proposta da existência de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma, dentro do perfil estudado no terceiro capítulo, e que essa autonomia é confirmada pelo próprio compliance. Ao mesmo tempo, é proposto que a coexistência contemporânea dos temas não é fruto de uma mera coincidência, mas revela uma relação simbiótica de mútua influência entre eles, relação essa que, aliás, se confirma pelo reconhecimento dessa própria autonomia.

Ao passo que a dúvida de que deve ser reconhecida ou não uma teoria jurídica autônoma encontra resposta afirmativa no compliance e nos exemplos de operacionalização

por ele propostos, ao mesmo tempo, o entendimento da existência ou não de relação entre os temas e qual o perfil dessa relação são questões que podem ser solucionadas pela própria identificação da autonomia.

Há uma genuína relação de profunda intimidade e de quase interdependência entre os temas, de modo que suas ideias se retroalimentam, conduzindo para a identificação de uma relação simbiótica multifacetária: uma relação histórica, contextual, jurídica e de operacionalização.

Histórica porque o compliance também pode ser visto como um produto contemporâneo da evolução histórica da relação Estado e capital, sequencial ao reconhecimento da insuficiência de normas programáticas e do próprio Direito Penal Econômico em si considerado. Nessa perspectiva de acompanhamento da evolução histórica das estruturas, ambos os temas estão interligados.

Contextual porque ambos os temas estão circunscritos e tem origem, sobretudo, no exercício das atividades econômicas, com suas complexidades e desafios. Ambos compreendidos em um mesmo ecossistema econômico e com as complexidades inerentes da sociedade contemporânea.

Jurídica porque ambos os fenômenos representam, cada um a sua forma, métodos técnico-jurídicos de intervenção do Estado no domínio econômico que têm por objetivo comum o evitar de ilegalidades e o controle das atividades a fim de assegurar a proteção aos bens jurídicos tutelados. Além disso, como método dessa natureza, tem no Direito seu mecanismo de instrumentalização.

Por fim, talvez a mais importante delas, uma relação de operacionalização mútua.

O compliance parece funcionar como uma espécie de contraprova prática de que existe uma autonomia da Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico. Uma operacionalização que significa a confirmação da teoria, um teste de ratificação e replicação diária da necessidade de sua autonomia. Igualmente, o compliance traz exemplos de como essa autonomia ou destaque teórico do Direito Penal Geral se manifesta. Adicionalmente, ainda nesse aspecto e na perspectiva de evolução, o Direito Penal Econômico também passa a receber influência do próprio compliance, tendo de suportar e solucionar questionamentos que tenham na criminalidade econômica e no exercício da tarefa de conformidade cenário comum.

Em contrapartida, o exercício da tarefa de conformidade também tem a criminalidade econômica, como um dos principais escopos de preocupação, de modo a orientar grande parte do desenvolvimento de suas tarefas práticas. Assim, ao mesmo tempo que o compliance parece confirmar a necessidade de uma Teoria Jurídica de Direito Penal Econômico autônoma, o reconhecimento dessa facilitará e otimizará a tarefa de conformidade, a partir a evolução estrutural e de maior segurança jurídica de seus elementos dogmáticos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*, Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1959.

ALEMANHA. REGIERUNGSKOMMISSION. *Deutscher Corporate Governance Kodek*, 2019. Disponível em: <https://www.dcgk.de/en/code/code-2019.html>. Acesso em: 01.09.2019.

ALFLEN, Pablo. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da Sociedade de Risco *In Politica Criminal*, nº 3, Talca, Chile, 2007, p 1-21. ‘

ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro. Responsabilidade social das empresas e valores humanos: um estudo sobre a atitude dos gestores brasileiros, 2007, 466 f., Tese de Doutorado, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – EBAPE, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2007, Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3272/ACF123.pdf>. Acesso em: 14.09.2019.

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança corporativa *In CARVALHO, André Castro [et. al][coords]. Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019.

ALVIM, Arruda. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica, *In Soluções práticas*, vol. 3, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, São Paulo : Atlas, 2004.

ARGENTINA. *Decreto nº 1.558 de 29 de noviembre de 2001*. Apruébase la reglamentación de la Ley Nº 25.326. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de los datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/texact.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 11.179 de 1984*. Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#27>. Acesso em: 04.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 25.246 de 5 de mayo de 2000.* Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera. Deber de informar. Sujetos obligados. Régimen Penal Administrativo. Ministerio Público Fiscal. Derógase el artículo 25 de la Ley 23.737. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 25.326 de 30 de octubre de 2000.* Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/texact.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 27.401 de 8 de noviembre de 2017.* Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>. Acesso em: 04.08.2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO37001: Sistemas de gestão antissuborno – requisitos com orientações para uso*, Rio de Janeiro, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Malheiros Editores, 2014.

BACIGALUPO, Enrique; HERMIDA, Carmen [coords.] *Compliance y derecho penal*, Pamplona : Thomson Reuters, 2011.

BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005, p. 81-104.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*, 7. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013.* Regulamenta a Resolução nº 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998.* Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45273/Res\\_2554\\_v2\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45273/Res_2554_v2_P.pdf). Acesso em: 01.03.2020

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017.* Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res\\_4595\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf) Acesso em: 03.07.2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 4.658, de 26 de abril de 2018.* Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res\\_4658\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf). Acesso em: 08.09.2019.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2014, 207 f., Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2014.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Basel, Switzerland, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Siva. *Valor, norma e injusto penal:* considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo, Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2018.

BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio [coords.]. *Compliance e direito penal econômico*, São Paulo : Almedina, 2019.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial:* em busca da segurança perdida, Lisboa : Edições 70, 2016.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível *In OLIVEIRA, Willian Terra de [org. et. al.] Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, São Paulo : LiberArs, 2013, p. 13-29.

BERLE JR, Adolf A; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York : The Macmillan Company, 1933.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance *In CARVALHO, André Castro [et. al.][coords]. Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019.

BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung*, Leipzig : Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*, vol. 1, São Paulo : Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*: parte geral, vol. 1, 21. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo : Saraiva, 2015.

BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*, 2. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2018.

BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Crimes de colarinho branco e a (in) eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 107, jul.2014, p. 103-120.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo : Malheiros Editores, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco, 4. ed., rev. e atual., São Paulo : Thomson Reuters, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 13.02.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto Legislativo nº 152 de 25 de junho de 2002.* Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-convencao-1-pl.html> Acesso em: 16.06.2019

\_\_\_\_\_. *Decreto Legislativo nº 348 de 18 de maio de 2005.* Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html> Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.* Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm) Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002.* Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm) Acesso em 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.* Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm) Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015.* Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm) Acesso em: 20.04.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 15.02.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.* Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.492, de 12 de junho de 1986.* Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.* Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm) Acesso em: 13.02.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.* Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.* Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do Real e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9069.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.* Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.* Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 02.03.2019

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 22.02.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.* Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.* Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 05.05.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013.* Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014.* Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.* Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm) Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-geral da República. *Parecer nº 395/2016-AsJConst/SAJ/PGR*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5261.pdf/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5261.pdf/at_download/file) Acesso em: 30.06.2019.

\_\_\_\_\_. Subchefia de Assuntos Parlamentares. Exposição de Motivos Interministerial nº 00011 de 23 de outubro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm) Acesso em: 16.06.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 02.03.2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 02.03.2019.

BREDESON, Lance William Lineker. *A change in canadian corporate governance philosophy: the importation of the Sarbanes-Oxley Act into canadian corporate governance*, 2007, 52 f., Thesis for the Degree of LL.M. Graduate, School of Law, University of Toronto, Toronto, Canada, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo I*: introdução, norma penal, fato punível, 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho, Rio de Janeiro : Forense, 2003.

CABRERA, Raul Peña. El bien jurídico en los delitos económicos. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal econômico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 2), p. 545-563.

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*, 2011, 237f., Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CANNON, Tom. *Corporate responsibility: governante, compliance and ethics in a sustainable environment*, 2. ed., Harlow : Pearson, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral, arts. 1º a 120, versão eletrônica, São Paulo : Saraiva, 2019.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Liberars, 2015.

CARROL, Archie B. The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders *In Business Horizons*, July-August 1991, Kelly School of Business, Indiana University, Indiana, United States, p. 39-48.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho; LEVORATO, Danielle Cristine da Silva. O papel da cultura organizacional na implantação do programa de compliance na área de infraestrutura da odebrecht engenharia e construção *In NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. Governança, compliance e cidadania* [coords.], São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 351-378.

CERVINI, Raúl. La perspectiva integrada del derecho penal económico *In CAIROLI, Milton. [et al] Nuevos desafíos em derecho penal económico*, Buenos Aires : Editorial B de F, 2012.

CHRISTENSEN, Clayton M; RAYNOR, Michael E.; McDONALD, Rory. What is disruptve innovation?, *Harvard Business Review*, Dec. 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Instrução nº 358, de 3 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado, revoga a Instrução CVM no 31, de 8 de fevereiro de 1984, a Instrução CVM no 69, de 8 de setembro de 1987, o art. 3º da Instrução CVM no 229, de 16 de janeiro de 1995, o parágrafo único do art. 13 da Instrução CVM 202, de 6 de dezembro de 1993, e os arts. 3º a 11 da Instrução CVM no 299, de 9 de fevereiro de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst358consolid.pdf>. Acesso em: 01.09.2019.

\_\_\_\_\_. *Instrução nº 480*, de 7 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf>. Acesso em: 01.09.2019.

CONDE, Francisco Muñoz. Principios politico criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Direito penal econômico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 2), p. 93-110.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Instrução normativa nº 1, de 7 de abril de 2015*. Estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in\\_cgu\\_01\\_2015.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf) Acesso em: 03.07.2019.

\_\_\_\_\_. *Manual prático de cálculo da multa*. Disponível em: [@download/file/Manual%20Pr%C3%A1tico%20de%20C%C3%A1lcu...da%20Multa.pdf](https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/manual-pratico-de-calcu...multa.pdf) Acesso em: 03.07.2019.

\_\_\_\_\_. *Programa de integridade*: diretrizes para empresas privadas. Disponível em: <http://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 23.09.2019.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito de direito penal econômico. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 411-438.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral. A posição de garante no contexto empresarial: contribuindo ao estudo da responsabilidade do Compliance Officer, 2017, 136f, Dissertação

de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 42-43 Disponível em: [https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84041/1/Texto\\_final.pdf 01.02.2020](https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84041/1/Texto_final.pdf 01.02.2020) Acesso em 27.12.2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 6. ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre a autonomia dogmática do direito penal económico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português *In Estudios penales y criminológicos*, n. 9, 1984-1985, Santiago de Compostela, Espanha, p. 37-70.

ESPELTA, Pedro H. Serrano [et. al]. *Práctica de compliance en Latinoamérica* : estado actual de la legislación anticorrupción y otras, Bogotá : Brigard & Urrutia Abogados, 2015.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*: (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Valencia : Tirant lo Blanch, 2013.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresa. São Paulo : Marcial Pons, 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal*: parte geral, versão eletrônica, São Paulo : Atlas, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., rev., ampl. e atual., Salvador : Editora Juspodivm, 2014.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade*: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal, São Paulo : Saraiva, 2017.

FORIGO, Camila Rodrigues. O criminal compliance e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. *In GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion [coords.] Direito penal econômico* [versão eletrônica pdf]: administração do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos, Londrina : Thoth, 2017, p. 17-44.

FREITAS JÚNIOR, Dorival de. *A responsabilidade da pessoa jurídica na lei anticorrupção*, 2017, 279 f., Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2017.

FRIEDMAN, Lawrence. In defense of corporate criminal liability *In Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2000, p. 833-858.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica *In ZAPATERO, Luis Arroyo. MARTÍN. Adán Nieto [coords.]. El derecho económico en la era compliance*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2013, p. 165-190.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, São Paulo : Almedina, 2014.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 477-500.

HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales, *In Anuario de Derecho Penal*, 1996, Université de Fribourg, Suisse, p. 20-45. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf). Acesso em: 20.04.2019.

HEROLD, Anderson. *Contribuição de compliance da Sarbanes-Oxley (SOX) como inovação em instituições financeiras: um estudo de caso*, 2013, 80 f., Dissertação de Mestrado, Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil, 2013.

HUA, Chi-Yun. *Corporate governance, board compensation and firm performance: an investigation of corporate governance in Taiwan’s high tech industry*, 2003, 146 f., Dissertation for the Degree of Doctor of Business Administration, Golden Gate University, San Francisco, United States, 2003.

INGLATERRA. THE COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE AND GEE AND CO. LTD. *Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance*, London : Gee, 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. GRUPO DE TRABALHO INTERAGENTES. *Código brasileiro de governança corporativa: companhias abertas*, São Paulo : IBGC, 2016. Disponível em: [https://www.anbima.com.br/data/files/F8/D2/98/00/02D885104D66888568A80AC2/Codigo-Brasileiro-de-Governanca-Corporativa\\_1.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/F8/D2/98/00/02D885104D66888568A80AC2/Codigo-Brasileiro-de-Governanca-Corporativa_1.pdf). Acesso em: 01.09.2019.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. Disponível em: [www.ethos.org.br](http://www.ethos.org.br). Acesso em: 15.09.2019.

\_\_\_\_\_. *Código das melhores práticas de governança corporativa*, 5. ed., São Paulo : IBGC, 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 01.09.2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO37301: Compliance management systems - Guidelines*. Genebra, 2021.

INTOSAI – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. ISSAI nº 20, Vienna, Austria, 2010. trad. pelo TCU – Tribunal de Contas da União em 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F501562329409F78D5>. Acesso em: 08.09.2019.

KASHIO, Gaudêncio Mitsuo. *O conselho de administração como mecanismo de governança corporativa*, 2007, 121 f., Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina [coords]. *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 51-76.

LAING, Ian. The criminal liability and punishment of corporations in Canada, 2005, 198 f., Dissertação de Mestrado, Dalhousie university Halifax, Nova Scotia, 2005. Disponível em:

<https://search.proquest.com/docview/305376105/fulltextPDF/93F9AD0FF6974B93PQ/1?accountid=12217> Acesso em: 20.04.2019.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I, Trad. de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro : F. Briguiet & C., 1899.

LORENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3. Ed. trad. de José Lamego, Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Felipe C. *Compliance policies, training, and monitoring as effective tools to prevention of corruption*, 2015, 35 f., Master of Sciente in Economic Crime Management. Faculty of Utica College. Utica, United States. 2015. Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1654779408/fulltextPDF/CA8D5942C504406FPQ/39?accountid=12217>. Acesso em: 23.09.2019.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*, São Paulo : Saint Paul Editora Ltda., 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel [coords.]. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87-124.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5. ed., São Paulo : Atlas, 2015.

MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*, trad. Kival Charles Weber e Angela Melim, Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1982.

MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*, 2. ed., São Paulo : Loyola, 2002.

MELO, Ari Kardec de. Direito penal económico: a origem do direito penal económico In Revista Sequência, Ano II, 1º Semestre de 1981, p. 29-34.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros Editores, 2013.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Trad. de Ricardo C. Núñez, Buenos Aires : Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998*. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo), 11. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. In PRADO, Luis Regis. DOTTI, René Ariel [orgs.]. *Teoria geral da tutela penal transindividual*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 727-752.

NIETO, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In Política Criminal*, n. 5, 2008, p. 1-18. Disponível em: [http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A\\_3\\_5.pdf](http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf) Acesso em: 17.08.2019.

OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 2015. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560\\_EBE2F73CAD0A](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264236882-en.pdf?expires=1567383828&id=id&accname=guest&checksum=B9203F5A9775846A3560_EBE2F73CAD0A). Acesso em: 01.09.2019.

\_\_\_\_\_. *OECD Principles of Corporate Governance*, Paris : OECD Publishing, 1999. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance\\_9789264173705-en#page2](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance_9789264173705-en#page2). Acesso em: 02.09.2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 7. ed., rev. e atual., São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: Parte Geral, 2. ed., rev. e atual., versão eletrônica, São Paulo : Atlas, 2016.

PARAGUAI. Decreto nº 10.144 de 28 de noviembre de 2012. Disponível em: [http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Decreto\\_N\\_10144\\_2012\\_Que%20crea%20a%20SENAC\\_zlxcxl93.pdf](http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Decreto_N_10144_2012_Que%20crea%20a%20SENAC_zlxcxl93.pdf). Acesso em: 07.08.2019.

\_\_\_\_\_. Ley nº 977 de 1996. Disponível em: [http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Ley-977-1996-Que-Aprueba-la-Convencion-Interamericana-Contra-la-Corrupcion\\_wct0dltk.pdf](http://www.senac.gov.py/archivos/documentos/Ley-977-1996-Que-Aprueba-la-Convencion-Interamericana-Contra-la-Corrupcion_wct0dltk.pdf). Acesso em: 07.08.2019.

\_\_\_\_\_. Ley nº 1.160 de 26 de noviembre de 1997. Código Penal. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3497/ley-n-1160-codigo-penal>. Acesso em: 07.08.2019.

\_\_\_\_\_. Ley nº 1682 de 19 de janero de 2001. Reglamenta la información de carácter privado. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/1760/ley-n-1682-reglamenta-la-informacion-de-caracter-privado>. Acesso em: 07.08.2019.

\_\_\_\_\_. Ley nº 4.439 de 5 de octubre de 2011. Modifica y amplia varios artículos de la Ley nº 1160/97 “Código Penal”. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3777/modifica-y-amplia-varios-articulos-de-la-ley-n-116097-codigo-penal>. Acesso em: 11.08.2019.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. de Fanny Wrobel; Revisão Técnica de Ricardo Benzaquen de Araújo 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo : Saraiva, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica *In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel [coords.]. Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-345.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos *In PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel [coords.]. Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 195-208.

ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino : Fratelli Bocca Editori, 1913.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico*: uma política criminal na era compliance, Coimbra : Almedina, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte geral, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2. ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid : Editorial Civitas, S.A., 1997.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual *In Revista Duc In Atum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº 15, mai.-ago.2016, p. 239-256.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *In PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel [orgs.]. Direito penal económico*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Coleção doutrinas essenciais : direito penal econômico e da empresa; v. 2), p. 153-174.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Deberes de vigilancia y compliance empresarial *In KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina [coords]. Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 79-104.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2. ed. ampl. e actual., Madrid : Edisofer S. L., 2016.

\_\_\_\_\_. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3. ed., Madrid : Edisofer S. L., 2011.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, São Paulo : LiberArs, 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*, 2. ed., rev. e ampl., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*, Tradução de Daniel Moreira Miranda, São Paulo : Edipro, 2016.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado> Acesso em: 05.05.2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. atual. e ampl., São Paulo : Método, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo : Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SORÉ, Raphael Rodrigues. *A lei anticorrupção em contexto: estratégias para a prevenção e o combate à corrupção corporativa*, Belo Horizonte : Forum, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica*, 2011, 202 f., Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2011.

SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*, 4. ed., Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.

TAMER, Maurício Antonio. O perfil da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015, *In Revista de Processo*, v. 272, out.2017, p. 163-185.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2. ed., Lima : Editora Jurídica Grijley, 2007.

\_\_\_\_\_. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 37, ano 10, jan.-mar.2002, São Paulo, Brasil, p. 73-97.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad penal de las personas juridicas, *In Anuario de Derecho Penal*, 1996, Université de Fribourg, Suisse, p. 97-125. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf) Acesso em: 20.04.2019.

URUGUAI. *Decreto nº 379 de 20 de noviembre de 2018*. Reglamentacion de la Ley 19.574 contra el lavado de activos. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/379-2018>. Acesso em: 06.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 414 de 15 de septiembre de 2009*. Reglamentacion de la Ley 18.331, relativo a la protección de datos personales. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/414-2009>. Acesso em: 06.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 18.331 de 18 de agosto de 2008*. Ley de Protección de Datos Personales. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>. Acesso em: 06.08.2019.

\_\_\_\_\_. *Ley nº 19.574 de 10 de janero de 2018*. Actualización de la normativa vigente referida al lavado de activos. Ley integral contra el lavado de activos. Derogación de artículos del Decreto Ley 14.294 y Leyes 17.835, 18.494, 18.914, y 19.149. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19574-2017>. Acesso em: 05.08.2019.

VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales *In Revista Penal México*, n. 3, jan-jun.2012, p. 9-57.

VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira [coord.]. *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*, Brasília : BCB, 2009.

VENTURINI, Otavio. CARVALHO, André Castro. MORELAND, Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) *In* CARVALHO, André Castro [et. al][coords]. *Manual de Compliance*, Rio de Janeiro : Forense, 2019.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2017.

VILA, Ivó Coca. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva [dir.] FERNÁNDEZ, Raquel Montaner [coord.]. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona : Atelier Libros, 2013, p. 43-76.

VOLK, Klaus. Criminalidad económica. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John. *Desarrollos actuales*, Göttingen Göttingen University Press, 2016, p. 138-148.

WITTMANN, Cristian Ricardo. *Programas de integridade (compliance programs) e o direito na sociedade global: a concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares*, 2016, 275f, Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

WULF, Katharina. *Ethics and compliance programs in multinational organizations*, Springer : Berlin, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, 2. ed., Buenos Aires : Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.

ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*, Belo Horizonte : Fórum, 2019.